3 1761 11649429 5


Digitized by the Internet Archive
in 2023 with funding from
University of Toronto

https://archive.org/details/31761116494295

35

Document: 860-265/004

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION
OF PROVINCIAL COURT JUDGES

Some Recent Developments in the Law of Evidence

Professor R.J. Delisle
Queen's University
Kingston, Ontario

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

PLEASE NOTE

This document is made available by the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat (CICS) for education and/or information purposes only. Any misuse of its contents is prohibited, nor can it be sold or otherwise used for commercial purposes only. Reproduction of its contents for purposes other than education and/or information requires the prior authorization of the CICS.

Intergovernmental Document Centre
P.O. Box 488, Station A
Ottawa, Ontario K1N 8V5

SIMILAR FACTS

In R. v. D.(L.E.), (1989) 71 C.R.(3d) 1 (S.C.C.), the accused was charged with two counts of sexual assault. The allegations arose out of separate incidents in July 1985. The complainant, the accused's daughter, was 17 years old at the time of the incident. The Crown sought to introduce evidence of numerous incidents of sexual fondling and intercourse from December 1978 to May 1981, and further incidents of sexual touching in December 1983 and Spring 1985. The accused had faced several charges, including incest, arising from the incidents alleged prior to May 1981, but the Crown had entered a stay of proceedings on all these charges in 1982. In that instance the daughter had refused to discuss the matter with the police. In her testimony in the present case, she explained her earlier refusal as being the result of fear, unwillingness to hurt her father and guilt at being the cause of her parents' separation. Counsel for the accused did not object to the admission of the allegations of incidents in December 1983 and Spring 1985 but did object to the admission of the evidence of incidents alleged to have occurred prior to May 1981. The trial judge ruled that the evidence of the alleged incidents prior to May 1981 should be excluded because the probative value of the evidence was outweighed by its prejudicial effect. The judge warned, however, that the excluded evidence might become admissible as a result of

questions asked in cross-examination or evidence introduced by the defence. Defence counsel, during his cross-examination of the complainant's mother, posed numerous probing questions about the state of family relations both prior to and after May 1981, implying hostility as a reason for false charges being laid. An unexpected response to one of these questions referred to the previous charges of incest. Defence counsel did not move for a mistrial but cross-examined further on the events surrounding the incest charge in an attempt to minimize the damage caused. Following an adjournment defence counsel did move for a mistrial but the motion was refused on the basis that the situation was created by the defence. The judge ruled that the complainant's allegations of acts of sexual misconduct prior to May 1981 were now admissible to allow the complainant " to tell her entire story ". In his charge to the jury the judge warned them that the accused was only charged with the acts alleged to have occurred in July 1985 and that the previous acts which were alleged were simply " background ". The accused was convicted. His appeal was dismissed and he appealed further.

In the Supreme Court of Canada, Justice Sopinka gave the majority judgment. Justices McIntyre, Lamer and Wilson concurred. The majority decided that evidence of the sexual activities prior to May 1981 was logically connected to the present charges. However, they noted that no misconduct as serious as the earlier allegations was alleged to have occurred after May 1981. In addition, no evidence other than the complainant's testimony was

adduced to prove the offences in the present charges. While saying that evidence other than that of the complainant is not essential in every case before similar acts are admissible, the Court noted that in D.(L.E.) the similar fact evidence bore nearly the entire burden of proving the Crown's case against the accused. They decided that the probative value of the similar fact evidence was not sufficient to overcome its prejudicial effect and therefore should have been excluded.

The Court also held that the charge to the jury with respect to the similar fact evidence of December 1983 and Spring 1985 was deficient. The Court noted that the inherent prejudicial effect of similar fact evidence may be felt by a jury in three main ways. The first is that the jury, if it accepts that the accused committed the prior bad acts, may assume that the accused is a "bad person" who is likely to be guilty of the offence charged. The second effect on the jury might be a tendency for the jury to punish the accused for past misconduct by finding the accused guilty of the offence charged. The third danger is that the jury might become confused as it concentrates on resolving whether the accused actually committed the similar acts.There is a danger that the jury might substitute their verdict on that matter for their verdict on the issue which they are in fact trying. While the judge's warning that the accused was not on trial for the previous misconduct might have minimized the second prejudicial effect, it did nothing to minimize the first and third dangers. The jury should be instructed that if it accepts

the evidence of the similar acts, that evidence is relevant for the limited purpose for which it was admitted. The jury must be specifically warned that it is not to rely on the similar fact evidence as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and so infer that the accused is guilty. In the instant case the trial judge gave the jury no such warning. The jury was not warned that they were not to engage in the prohibited line of reasoning.

Madam Justice L'Heureux-Dubé dissented. She decided that in this case the probative force of the evidence outweighed the prejudicial effect upon the accused. For her, in determining whether a father has sexually assaulted his seventeen-year-old daughter, it is particularly relevant to know whether such behaviour is part of a long standing pattern of abuse. She decided that, given the line of questioning engaged in by counsel for the defence, it was not in the least surprising that the trial judge subsequently determined that the evidence became admissible as " background". The evidence was relevant to establish the credibility of the victim, and provided a very important context for the incidents for which the accused was charged. She reasoned that when children are sexually assaulted there are generally no witnesses. When such matters become the subject of criminal prosecution it is usually a case of the victim's word against the accused's. Under such circumstances, the credibility of the victim is of crucial importance. Following the line of questioning by the defence the evidence of prior

sexual assaults by the accused on his daughter became directly relevant to the credibility of the daughter as chief witness in the case. For Justice L'Heureux-Dubé, the charge to the jury was not defective. While the jury would most certainly be shocked and undoubtedly influenced by the evidence of the past sexual conduct of the accused, such evidence was of very high probative value. The trial judge's address contained numerous warnings concerning the proper use of the evidence of prior incidents.

The majority judgment in L.E.D. appears to be contradictory to the common sense trend initiated by the House of Lords in R. v. Boardman, (1975) A.C. 421 (H.L.) and followed by our Court in Sweitzer v. The Queen, (1982) S.C.R. 49, R.v.Robertson, (1987) 1 S.C.R. 918 and R. v. Green,(1988) 1 S.C.R. 228. (For a similar " retrograde " step in England, see R. v. Lunt, (1987) 85 Cr. App. R. 241; criticized in [1987] Crim. L. R. 406. In Lunt the Court of Appeal suggests that there is a forbidden line of reasoning and that to be received, similar fact evidence must assist the jury otherwise than through " the accused's bad character or disposition to commit the sort of crime with which he is charged.") The majority in L.E.D. insisted that :

> The jury must be specifically warned that it is not to rely on the evidence as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and on that basis infer that the accused is, in fact, guilty of the offence charged.

The earlier decisions, which were not overruled, do not deny this mode of reasoning. They recognized that, in some cases , this reasoning is perfectly legitimate, as long as the evidence of the

previous misconduct is sufficiently probative that it outweighs the competing consideration of prejudice to the accused.

In Robertson, Madam Justice Wilson, paraphrasing Professor Cross, wrote:

> A general statement of the exclusionary rule is that evidence of the accused's discreditable conduct on other occasions, tendered to show his bad disposition, is inadmissible unless it is so probative of an issue or issues in the case as to outweigh the prejudice caused.[emphasis added]

In L.E.D. the majority of the Court said that it agreed with that " concise statement of the similar facts rule". But that statement recognizes that previous conduct can be tendered to show bad disposition, and, presumably therefore, so acted on by the jury, as long as it is so probative that prejudice to the accused is outweighed. It's all a matter of degree.

In L.E.D., the majority wrote that the similar fact evidence must have probative worth otherwise than via disposition:

> The process of reasoning therefore is to determine whether the evidence of similar acts has probative value in relation to a fact in issue, other than its tendency to lead to the conclusion that the accused is guilty because of the disposition to commit certain types of wrongful acts.If the evidence has such probative value, the court must then determine whether its probative value is sufficient to justify its admissibility, notwithstanding the prejudicial tendency of such evidence.

This two-step process of reasoning was not previously mandated by the Court.In Robertson and Sweitzer and Green the process of reasoning was simply the second step. In Sweitzer, the Court deplored cataloging purposes for which similar fact evidence could be received and Justice McIntyre described the process:

> ...admissibility will depend upon the probative effect of

> the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission whatever the purpose of its admission.[emphasis added]

In Green, the Court dealt with a charge of sexual assault where the trial judge had received evidence that the accused had committed similar acts against other children and Justice McIntyre wrote, quite simply:

> This evidence was admissible to show a system adopted by the respondent, and its probative force was sufficient to outweigh any prejudicial effect upon the respondent...no error was made by the trial judge.

Is " system " anything different than disposition?

In Boardman, the majority of the speeches in the House of Lords reasoned that if the accused's disposition, illustrated by his previous conduct, was very probative of a fact in issue in comparison to its prejudicial effect, evidence of that disposition should be left with the jury to consider. Lord Cross used the case of R. v. Straffen,(1952) 2 Q.B.911, to illustrate the point. In that case the accused was charged with the murder of a young girl. It was an unusual murder for there had been no attempt to assault her sexually. Straffen was in the neighbourhood at the time of the crime. The accused had previously committed two murders of young girls and in each there had been no attempt to sexually assault. The evidence of the earlier murders was received into evidence and Straffen's conviction was upheld on appeal. Lord Cross, in Boardman, approved:

> ...it would have been absurd for the law to have prevented the evidence of the other murders being put before the jury

> although it was simply evidence to show that Straffen was a man likely to commit a murder of that particular kind.[emphasis added]

It is suggested that the Court in L.E.D. was led astray by the speech of Lord Hailsham in Boardman , which it quoted.The other law lords in Boardman wanted to cast off the shackles of Makin v. A.G. N.S.W. (1894) A.C. 57 (H.L.), the application of which had caused so much confusion during this century; indeed Lord Cross and Lord Wilberforce did not even mention Makin in their opinions. Lord Hailsham alone, for some unknown reason, sought to continue the force of that old decision and " explained " the Makin rule in the language which the Court in L.E.D. quotes. Professor Hoffman in his most valuable article, Similar Facts After Boardman, (1975) 91 L.Q.R. 193, at 198, points out that while this may have been an accurate paraphrase of the Makin rule, it is impossible to reconcile it with many of the other classic cases on similar fact evidence.

Previous misconduct of the accused which is similar to the activity presently charged is relevant thereto but in our concern for a fair trial we erect a canon of exclusion lest the accused be prejudiced by its reception. Prejudice in this context, of course, does not mean that the evidence might increase the chances of conviction but rather that the evidence might be improperly used by the trier of fact. It is one thing for evidence to operate unfortunately for an accused it is quite another matter for the evidence to operate unfairly.The trier who learns of the accused's previous misconduct may then view the

accused as a bad man, one who deserves punishment regardless of his guilt of the instant offence and may be less critical of the evidence presently marshalled against him. The only true relevance of the previous activity follows a chain of reasoning through the accused's disposition and the law recognizes that frequently such chain is tenuous in its nature as people can change and dispositions can vary. The law then erects a canon of exclusion for similar fact evidence which is tenuous in nature when viewed against the possibility of prejudice. If, however, the similar fact evidence is not tenuous in nature, if it has sufficient relevance, if it has genuine probative worth when taken together with the other evidence and is not then outweighed by considerations of prejudice, the reason for the canon of exclusion disappears. The first principle of rational fact-finding, that all relevant evidence should be received, then controls and the similar fact evidence is received.

The accused is entitled to a fair trial; no less but no more. As Madam Justice L'Heureux-Dube pointed out in dissent, most child assaults take place under circumstances which make it hard to prosecute. There are usually no witnesses to the crime save the victim and the offender. The horrendous nature of the allegation made by a daughter against her father is inherently difficult to believe. Suggesting motives to falsify during cross-examination make the story appear to be even less credible. Evidence of the previous relationship between the parties, the context within which the assault allegedly occurred could make

that story believable. Is it a fair trial when that evidence is excluded? Is it heresy to suggest that the victim also is entitled to a fair trial?

In B.(C.R.) v. The Queen, April 12, 1990, Supreme Court of Canada, the accused was charged with sexual offences against a young child, his natural daughter. The daughter testified that the acts of sexual misconduct by the accused began in 1981 when she was eleven years old and continued for almost two years. In support of the child's testimony the Crown sought to introduce evidence that the accused had had sexual relations in 1975 with a 15-year-old girl, the daughter of his common law wife, with whom he had enjoyed a father-daughter relationship. The trial judge admitted the evidence and convicted the accused. The majority of the Court of Appeal held that the similar fact evidence was properly admitted and upheld the conviction. The accused appealed further.

Madam Justice McLachlin wrote the majority judgment. Chief Justice Dickson and Justices Wilson, L'Heureux-Dubé, and Gonthier concurred. The reasoning was markedly different than the Court's earlier opinion in D.(L.E.). The court reasoned, first, that evidence which is adduced solely to show that the accused is the sort of person likely to have committed an offence is, as a rule, inadmissible. Second, whether the evidence in question constitutes an exception to this general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect. The trial judge must consider such factors as

e degree of distinctiveness or uniqueness between the similar fact evidence and the offences alleged against the accused, as well as the connection, if any, of the evidence to issues other than propensity, to the end of determining whether, in the context of the case before him, the probative value of the evidence outweighs its potential prejudice and justifies its reception. In reviewing the jurisprudence the Court noted that while the courts made a show of accepting similar fact evidence only when relevant to an issue in the case other than propensity, in reality the so-called " forbidden chain of reasoning ", through disposition, was regularly employed.

Professors Andrews and Hirst, Criminal Evidence, 1987, make a very interesting observation about Makin as the source of the mmandment that one cannot use similar fact evidence to infer guilt from disposition. Recall the facts in Makin. The Makins were " baby farmers ". They took in unwanted children in return for money for their support. The body of a child was found buried in their garden. They were prosecuted for the murder of that child. The prosecution led evidence that the corpses of other children were found in the garden. Andrews and Hirst comment, 15.39:

> The jury must have reasoned: " The children cannot all have died of natural causes. The Makins must have murdered most of them at least; it is therefore highly probable that they murdered this child also ". This of course represents the supposedly forbidden chain of reasoning in the very case which was supposed to have forbidden it.

The majority decided in B.(C.R.):

Evidence of propensity, while generally inadmissible, may

> exceptionally be admitted where the probative value of the evidence in relation to an issue is so high that it displaces the heavy prejudice which will inevitably inure to the accused where evidence of prior immoral or illegal acts is presented to the jury.

The Court recognized that admissibility of similar fact evidence is a matter which involves a certain amount of discretion and where the law accords a large degree of discretion to a trial judge, courts of appeal are reluctant to interfere with the exercise of that discretion in the absence of demonstrated error of law or jurisdiction. The majority noted the fact, that in the matter before them, in each case the accused established a father-daughter relationship with the girl before the sexual violations began and that this might be argued to go to showing, if not a system or design, a pattern of similar behaviour suggesting that the complainant's story is true. The question then was whether the probative value of the evidence outweighed its prejudicial effects and the majority decided that, while the admissibility of the evidence might be seen by them as borderline, the Court should not interfere with the conclusion of the trial judge, who was charged with the task of weighing the probative value of the evidence against its prejudicial effect in the context of the case as a whole.

Justice Sopinka, Justice Lamer concurring, disagreed. For him :

> There is no special rule with relation to similar fact evidence in sexual offences... The alleged similar acts must have relevance other than to simply show a general disposition to commit the crime charged.

For him propensity alone cannot be the basis for admissibility.

the evidence does have relevance beyond mere propensity, to be admitted, its probative value must exceed its prejudicial effect. He drew a distinction between evidence of general character and modus operandi. What the law seeks to forbid is a process of reasoning that would condemn the accused because of the accused's character as a thief, a fraud, a liar or a person of violent character. On the other hand, a highly individualized modus operandi is tantamount to evidence that the accused left his calling card. The process of reasoning which connects the accused to the crime charged is the same as in the case of other evidence of identification and is distinguishable from the prohibited line of reasoning. He noted that there were only two instances, separated by a considerable passage of time and there was a need to proceed with caution. For him the father-daughter relationship in each case should not be regarded as unusual but rather as neutral. The similar fact evidence should therefore have been rejected.

In R. v. D.(L.E.), supra, Justice Sopinka, writing for the majority of the Court, had decided that in cases where similar fact evidence is received:

> The jury must be specifically warned that it is not to rely on the (similar fact) evidence as proof that the accused is the sort of person who would commit the offence charged and on that basis infer that the accused is in fact guilty of the offence charged.

The Court insisted that similar fact evidence could only be received if it had probative value in relation to a fact in issue other than through the accused's disposition.

In R. v. B.(C.R.) the Court does an abrupt about-face. The majority of the Court now holds that:

> Evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted where the probative value of the evidence in relation to an issue is so high that it displaces the heavy prejudice which will inevitably inure to the accused where evidence of prior immoral or illegal acts is presented to the jury.

This is a welcome retreat. After the seminal case of Makin v. New South Wales, supra, the courts tended to create categories of instances when similar fact evidence would be admitted. It was not until R. v. Boardman, supra, that this approach was rejected. Rather than create another " category of relevance " to meet the particular facts in that case the Law Lords decided on a principled approach to admisibility; assess the probative worth and compare it to the possibility of prejudice. In actual fact, in many of the leading cases on similar fact, the evidence was used solely as manifesting the accused's disposition although there was often, seemingly, a felt need to mask this fact by labelling the evidence with the name of one of the categories. However, when the court said it was receiving the similar fact evidence " to prove a system ", " to prove intent ", " to rebut the defence of accident ", or " to prove identity ", the court, in truth, was receiving the evidence to show that the accused was, as evidenced by his previous behaviour, the sort of person who would do the act charged. The court would note the possibility of prejudice to an accused and receive the evidence only when the probative worth was so great that the prejudice was outweighed; when the evidence was " strikingly similar " or when it would be

an affront to common sense to reject".

In R. v. Morin, (1988) 66 C.R.(3d) 1 (S.C.C.), one of the issues was the admissibility of psychiatric evidence tendered by the Crown. On this issue the Court was unanimous. Justice Sopinka decided that for such evidence to be received the Crown would have to surmount the same sort of hurdle faced when tendering similar fact evidence. Taking the same approach that he later took in D.(L.E.) he wrote:

> Accordingly, when the prosecution tenders expert psychiatric evidence, the trial judge must determine whether it is relevant to an issue in the case, apart from its tendency to show propensity. If it is relevant to another issue(e.g. identity), it must then be determined whether its probative value on that other issue outweighs its prejudicial effect on the propensity question. In sum, if the evidence's sole relevance or primary relevance is to show disposition, then the evidence must be excluded.

Presumably the reversal in B.(C.R.) would apply to this position as well.

How can similar fact evidence or psychiatric evidence prove identity save through disposition or propensity? Indeed, most curiously, in justifying the decision to treat psychiatric evidence in the same way as similar fact, Justice Sopinka, himself,in Morin, wrote:

> It is illogical to treat evidence tending to show the accused's propensity to commit the crime differently because such a propensity is introduced by expert evidence rather than by means of past similar conduct.[emphasis added]

According to Justice Sopinka, in Morin :

> In order to be relevant on the issue of identity the evidence must tend to show that the accused shared a distinctive unusual behavioural trait with the perpetrator of the crime. The trait must be sufficiently distinctive that it operates virtually as a badge or mark identifying the perpetrator.[emphasis added]

Whether one calls it propensity, or behavioural trait or modus operandi the same form of reasoning is being engaged. In B.(C.R.), Justice Sopinka uses the phrase " modus operandi " and distinguishes the same from evidence of general character; similar fact evidence establishing the former may be received but not if it only establishes the latter. Are we not here talking differences in kind but rather only differences in degree? Similar fact evidence which only shows the accused to be a bad person is not admissible but similar fact evidence which shows him to be the person is admissible. Receivability then depends solely on the degree of probative force when assessed and compared to prejudicial impact. Reasoning through disposition is, in fact, not forbidden by Justice Sopinka; his " behavioural trait " or " modus operandi " analysis amounts to the same thing.

Justice Sopinka writes that he cannot subscribe to a theory that propensity alone be the basis for admissibility. He maintains:

> To say that propensity may have probative value in a sufficiently high degree to be admissible is a contradiction in terms. It is tantamount to saying that when the danger of the application of the forbidden line of reasoning is the strongest, the evidence can go in.

But what exactly does the law forbid? What is it that the law is concerned about when it formulates a general rule that the Crown cannot lead evidence of an accused's bad character? How may the accused be prejudiced? It is not by a line of reasoning. The law is concerned that if the trier of fact finds out that the accused

a bad person they may give that fact more weight than it deserves and may be less critical of the evidence led against him by the prosecution. An emotional reaction to the person's character may cause them to be less rational in analyzing the Crown's case than they might otherwise be. The law is concerned that the trier might want to punish the accused for his past misconduct and for that reason convict him of the crime charged. The law is concerned that evidence of previous misconduct will confuse the jury and they may be deflected from their main task. These are the possible prejudicial effects; for a good summary of them see Justice Sopinka's judgment in D.(L.E.). "Prejudice" in this context does not mean that the evidence will increase chances of conviction but rather that the evidence might be properly and unfairly used. When the evidence has a very high probative value, directly persuading that the accused did do the act alleged, the unfairness, the prejudice, disappears and the evidence, being relevant, is received.

With the rejection of the category approach the admissibility of similar fact evidence involves a certain amount of discretion to be exercised by the trial judge. The majority recognizes this discretion and professes a reluctance to interfere in the absence of demonstrated error of law or jurisdiction. While regarding the case as " a borderline case of admissibility " the majority decided not to interfere with the conclusion of the trial judge who was charged with the task of weighing probative value against prejudice. For the majority, the

fact that the accused had established a father-daughter relationship with each girl before the sexual relations began might be seen as a pattern of similar behaviour suggesting that the second girl's story was true. In dissent, Justice Sopinka states that the existence of a father-daughter relationship in each case " are not unusual facts and indeed are neutral". Surely that can't be. The Crown did not lead evidence that the accused on an earlier occasion sexually assaulted someone. The Crown led evidence that the accused had committed numerous sexual actions with a person who regarded him as a father! Surely that evidence has positive probative value in determining whether the complainant had sexual relations with her father and would not be used by the trier just for the conclusion that he was a bad man. It supports the complainant's evidence and points to him being the man that the complainant has described and deserves to be received.

Expert Opinion Based on Hearsay

In Lavallee v. R., May 3,1990, Supreme Court of Canada, the accused was charged with the murder of her common law partner. She had shot him in the back of the head as he was leaving her bedroom. The accused did not testify at trial but her statement made to the police on the night of the shooting was put in evidence. The statement described her fear of the victim, his act of loading the gun for her, his physical abuse towards her previously and on that night, and the fact that he had threatened to kill her that night. In her statement she admitted shooting him but she said she intended to miss. At the trial, there was considerable evidence of the relationship between the accused and the victim being volatile and that the accused had frequently been a victim of physical abuse at his hands. At the request of the defence counsel, a psychiatrist with extensive professional experience in the treatment of battered wives had prepared a psychiatric assessment of the accused which was used in support of her defence of self-defence. His opinion was that the accused had been terrorized by her partner to the point of feeling trapped, vulnerable, worthless and unable to escape the relationship despite the violence. At the same time, the continuing pattern of abuse put her life in danger. In the psychiatrist's opinion, the killing was a final desperate act by a woman who sincerely believed that she would be killed that

night. The opinion was based on four hours of formal interviews with the accused, police reports, hospital reports of her previous visits to emergency departments and an interview with the accused's mother. In the course of testifying, the psychiatrist related many things told to him by the accused for which there was no admissible evidence. The accused was acquitted by the jury but the verdict was overturned by a majority of the Manitoba Court of Appeal on the basis of insufficient instructions to the jury as to the weight to be given the evidence. The accused appealed further.

Madam Justice Wilson gave the majority opinion. Chief Justice Dickson, and Justices Lamer, L'Heureux-Dubé, Gonthier, and McLachlin concurred. Justice Wilson recognized that the defence of self-defence under s. 34(2) of the Criminal Code for an accused who intentionally causes death or grievous bodily harm in repelling an assault requires an objective standard of reasonableness as to the apprehension of death and the need to repel the assault with deadly force. In the case of the position of a battered spouse however, the definition of what is reasonable must be adapted to circumstances which, are, by and large, foreign to the world inhabited by the hypothetical "reasonable man". In this context it is not inherently unreasonable to apprehend death or grievous bodily harm before the physical assault is in progress. Given the relational context in which violence occurs in the battered women syndrome the mental state of the accused at the critical moment she pulls

the trigger cannot be understood except in terms of the cumulative effect of months or years of brutality. The cyclical nature of abuse begets a degree of predictability to the violence that is absent in an isolated violent encounter between two strangers.

The Court decided that the trial judge had not erred in admitting the evidence of the psychiatrist. Expert testimony is admissible to assist the fact-finder in drawing inferences in the areas where the expert has relevant knowledge or experience beyond that of the lay person. It is difficult for a lay person to comprehend the battered wife syndrome. It is commonly thought that battered women are not really beaten as badly as they claim, otherwise they would have left the relationship. Alternatively, some believe that women enjoy being beaten, that they have a masochist strain in them. Each of these stereotypes may adversely affect consideration of a battered women's claim to have acted in self-defence in killing her mate. Expert evidence can assist the jury in dispelling these myths. Expert testimony relating to the ability of an accused to perceive danger from her mate may go to the issue of whether she "reasonably apprehended" death or grievous bodily harm on a particular occasion. Expert testimony pertaining to why an accused remained in the battering relationship may be relevant in assessing the nature and extent of the alleged abuse. By providing an explanation as to why an accused did not flee when she perceived her life to be in danger, expert testimony may also assist the jury in assessing the

reasonableness of her belief that killing her batterer was the only way to save her own life.

The Court noted that expert evidence does not and cannot usurp the function of the jury to decide whether, in fact, the accused's perceptions and actions were reasonable. The jury is not compelled to accept the expert's opinions about the effects of battering on the mental state of victims generally or on the mental state of the accused in particular. But fairness and the integrity of the trial process demand that the jury have the opportunity to hear them. Here, the trial judge had not erred in admitting the expert testimony in view of the ample evidence on which the trial judge could conclude that the accused had been repeatedly and brutally battered by her partner over the course of their relationship.

The Court decided that a retrial was not warranted on the basis of the trial judge's charge to the jury with respect to the expert evidence. An expert opinion is admissible if relevant, even if it is based on second-hand evidence. This hearsay evidence is admissible to show the information on which the expert opinion is based, not as evidence going to the existence of the facts on which the opinion is based. Where the psychiatric evidence is comprised of hearsay evidence, the problem is the weight to be attributed to the opinion. Before any weight can be given to the opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist. As long as there is some admissible evidence to establish the foundation for the

expert's opinion, the trial judge cannot subsequently instruct the jury to completely ignore the testimony. The judge must warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence, the less weight the jury may attribute to the opinion. Here, the trial judge adequately performed the difficult task of cautioning the jury that the weight attributable to the expert testimony was directly related to the amount and quality of admissible evidence on which it relied.

Justice Sopinka concurred in the result. He sought to distinguish between expert opinions based on trustworthy hearsay and those based on suspect information. Evidence that an expert obtained and acts upon within the scope of his or her expertise, as in consultation with professional colleagues, should be accorded weight given strong circumstantial guarantees of trustworthiness. Where, however, the information upon which an expert forms his or her opinion comes from the litigant or from any other source that is inherently suspect, a court ought to require independent proof of that information. The lack of such proof will have a direct effect on the weight to be given to the opinion, perhaps to the vanishing point. However he agreed with the majority that where an expert's opinion is based in part upon suspect information and in part upon either admitted facts or facts sought to be proved, the matter is purely one of weight. Where there was some admissible evidence to establish the foundation for the expert's opinion, the trial judge could not instruct the jury to completely ignore the testimony. Here, he

thought, the trial judge's charge to the jury as to weight was adequate.

In Lavallee there were two evidentiary issues for the Court. The primary submission by the Crown was that expert psychiatric evidence concerning the reasonableness of the accused's actions should not have been received in this case because it was unnecessary; judges and juries are knowledgeable about human behaviour and experts are only permitted when they have knowledge beyond the ken of the average person. The Crown argued that the jury could adequately form its own conclusion as to whether the accused acted reasonably in the circumstances. The Court unanimously rejects this position. The Court wisely recognizes that the battering relationship is still subject to myths and stereotypes and beyond the ken of the average juror. The jury needs the assistance of expert testimony if it is to properly judge whether the accused was under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm and whether she reasonably believed that deadly force was necessary to prevent it.

The second issue has to do with the proper application of the Court's earlier decision in R. v. Abbey [1982] 2 S.C.R. 24. In Abbey the accused was charged with importing narcotics. He was tried by a judge sitting alone. The defence was insanity. The accused did not testify. The only evidence called by the defence was a psychiatrist who expressed the opinion that Abbey was insane at the relevant time. The doctor relied for his opinion on

out-of-court statements made to him by the accused. The doctor related many of these statements to the court. The Crown called another psychiatrist in rebuttal. The accused was successful at trial and the British Columbia Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. The Crown argued that the trial judge had erred in accepting as having been proved the facts upon which the doctors relied in forming their opinions. The Court of Appeal disagreed with this reading of the trial judge's reasons for judgment :

> I do not think the Judge accepted as having been proven the facts relied upon by the psychiatrist as a basis for their opinions. I think he was simply reiterating the opinions of the psychiatrist and stating some of the things they had been told and upon which they relied.

The Court of Appeal ruled that an expert could express an opinion though the facts were not otherwise proved:

> I do not understand any of the authorities to which we were referred to go so far as to hold that the opinions of psychiatrists must be rejected unless evidence independent of their patient is called to support in an objective way the facts upon which the psychiatrists relied as a basis for their opinions. Rather I think the authorities indicate it is a question of weight to be given to the opinions expressed by the psychiatrist.

The Supreme Court allowed the Crown's appeal, and ordered a new trial, disagreeing with the Court of Appeal's reading of the trial judge's reasons for judgment:

> The trial judge erred in law in treating as factual the hearsay evidence upon which the opinions were based...it was error for the judge to accept as having been proved the facts upon which the doctors had relied in forming their opinions.

If that is the sole ratio of Abbey, earlier decisions of the Court, that expert opinions are receivable although all the facts

upon which the opinions are based are not otherwise proved, continue in full force; see Wilband v. R.,[1967] 2 C.C.C. 6 (S.C.C.), R. v. Lupien, [1970] 2 C.C.C. 193 (S.C.C.), City of St. John v. Irving Oil Company, (1966) 58 D.L.R. (2d) 404 (S.C.C.). The Court, however, then followed with:

> While it is not questioned that medical experts are entitled to take into consideration all possible information in forming their opinions, this in no way removes from the party tendering such evidence the obligation of establishing, through properly admissible evidence, the factual basis on which such opinions are based. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist. [emphasis added]

This led some to believe that all the facts upon which an opinion was based had to be proved in evidence before the opinion could be given " any weight ".

In Lavallee, Madam Justice Wilson, speaking for the Court sees, as the real ratio of Abbey, the fact that the trier there treated as true the facts as related to the psychiatrist. She decides that weight can be given to an opinion, although all the facts that form the basis of the opinion are not independently proved, provided that there is " some admissible evidence to establish the foundation for the expert's opinion " and provided that a careful warning is given to the jury that facts related to the expert which are not independently proved cannot be taken as true. A judge should not tell the jury to completely ignore an opinion partially based on inadmissible evidence but rather it is the trial judge's duty to " warn the jury that the more the expert relies on facts not proved in evidence the less weight the

jury may attribute to the opinion". The Court does recognize however " the inherent difficulty in discharging such a duty in the case at bar ".

There was admissible evidence in Lavallee to support the doctor's opinion. The accused's statement to the police on the night of the shooting was put into evidence. Her statement described how frightened she was and how the victim had threatened her with violence when the others had left. There was evidence of previous assaults by the victim on the accused and evidence of visits to hospital emergency departments for injuries sustained by the accused. This makes Lavallee notably different from Abbey where the opinion was based entirely on unproven hearsay. If the doctor in Lavallee had expressed his opinion as the reasonableness of the accused's actions based solely on the admissible evidence there would have been no problem. The doctor, however, said that he based his opinion, not just on that evidence, but also on four hours of interviews with the accused, and an interview with the accused's mother. Neither the accused nor her mother testified. The doctor did testify that the accused was an important, if not the major source, of his information and that if what she had told him was erroneous he would have to reassess his position. He related to the trier much of what the accused had told him. A careful warning was therefore required by the decision in Abbey and, in the view of the Supreme Court, was provided; a view obviously not shared by the majority of the Manitoba Court of Appeal, see R. v. Lavallee, (1988) 65 C.R.(3d)

387.

The Court recognizes that the task for the trial judge is one of " inherent difficulty ". We must keep in mind that this is an appellate decision looking back at the whole process and determining whether there ought to be a new trial. Aside from the inherent difficulty in charging a jury concerning the weight attributable to an expert's opinion when the factual basis for the same is " a melange of admissible and inadmissible evidence", there is also the danger that a jury might not follow the trial judge's limiting instruction and might treat as true the facts related by the expert as the basis for his opinion.

In looking ahead, and seeking to avoid difficulties and dangers, a trial judge, following Lavallee, might be well advised to ensure, in the first instance, that the expert's opinion is confined to that which the expert is able to express based solely on admissible evidence which can be tested by the trier for trustworthiness. If there is no admissible evidence to support the opinion, for example if the opinion is based entirely on hearsay, the opinion, one assumes, must be inadmissible. As Justice Sopinka points out in his concurring opinion, there is no point in admitting an opinion which is entitled to no weight. It is irrelevant. For the trial judge to be able to confine the expert to an opinion based on admissible evidence he will need to know what that admissible evidence is. It might be wise therefore to direct that the expert give his opinion last, after all the other defence witnesses, including the accused if it is

determined to call the accused, have testified. This advice to trial judges is predicated on the view that Lavallee stands for the proposition that an expert should not express an opinion on inadmissible evidence but that, should it happen, a careful warning can cure the problem. That interpretation comes from the concern expressed by the Court as to the proper warning; a warning would seem to be unnecessary if it was proper for the expert to express an opinion based partly on inadmissible evidence. It may be, however, that the Court is actually saying that experts can express opinions based partly on inadmissible evidence provided that the trier is adequately warned with regard to weight. That interpretation would be consistent with the Court's past decisions in Lupien, Wilband, and City of St. John, supra. In Lupien, for example, Justice Ritchie, at p. 200, wrote:

> The fact that the methods pursued by the psychiatrist in reaching his opinion necessitated dependence on information obtained from the respondent and others which was not before the jury, does not make his opinion inadmissible although it may well be a factor to be considered in assessing the weight to be attached to that opinion. If it were otherwise, the Courts would be denied many medical opinions based on clinical methods of diagnosis.

For a criticism of the Lupien approach, see Pattenden, Expert Opinion Evidence Based on Hearsay, [1982] Crim. L. Rev. 85 at 89, quoted by the Manitoba Court of Appeal:

> Its effect is to substitute in favour of a finding of fact by the jury after full opportunity for cross-examination a finding of fact by an expert who is unlikely to have required such a high standard of proof as that which must be met in criminal proceedings....There is also a substantial body of opinion which holds that the jury is at least as well placed as the expert to judge the reliability of the material on which the opinion rests.

The majority does not address the issue of distinguishing between the quality of hearsay relied on by experts for their opinion. We reject hearsay evidence because we have concern for the trustworthiness of statements which are not tested by cross-examination. We accept hearsay when there are circumstances surrounding the making of the statement which assure us of trustworthiness and so act as a satisfactory substitute for cross-examination; see e.g. Ares v. Venner (1970) 14 D.L.R.(3d) 4 (S.C.C.), followed in a criminal law setting in R. v. Morkhouse, (1987) 61 C.R.(3d) 343 (Alta. C.A.). Experts regularly rely on what others have told them during their education in developing their expertise. In fashioning their opinions outside the courtroom, which frequently produce consequences as great as to be found in the courtroom, they regularly rely on others for their data. Experts develop standards and techniques for separating fantasy from fact. Expertise in that regard might even be seen by some to be a satisfactory substitute for the lawyer's time-honoured mechanism of cross-examination. In any event, we should make a distinction when assessing the admissibility of expert opinion based on hearsay. If the hearsay basis is seen by the court as trustworthy and the sort of information the expert in that field regularly relies on, the opinion should be received though there is no other independent evidence; when the hearsay basis is suspect the court should demand proof. This distinction, recommended by Sopinka,J., in his concurring opinion in Lavallee, was suggested in Delisle, Principles and Problems,(2d

dition,1989) at 475-76.

The distinction was used to good effect in R. v. Jordan, (1983) 33 C.R.(3d) 394(B.C. Co. Ct.), approved in (1984) 39 C.R. (3d) 50 (B.C.C.A.). Abbey was there distinguished. On a charge of importing narcotics the analyst gave his opinion that the substance was heroin. The analyst explained that he compared the suspect sample to a known standard which had been supplied to him. The defence argued Abbey and insisted that since the expert had relied on hearsay regarding the known standard the value of his opinion was destroyed. The courts saw the hearsay evidence relied on as trustworthy and the calling of additional evidence as unnecessary. Presumably Lavallee would similarly permit such a distinction.

Justice Sopinka notes in his judgment that where the expert forms his opinion on the basis of information that " comes from the mouth of a party to the litigation...(which) is inherently suspect...a court ought to require independent proof of that information". He concurs with the majority in this case however on the basis that there was "some admissible evidence" introduced. That evidence was primarily the accused's statement to the police which was introduced by the Crown but which, of course, was never tested on cross-examination.

Expert Evidence in Support of Credibility

There is in our jurisprudence " a general rule against oath-helping "; see R. v. Beland and Phillips, (1987) 60 C.R.(3d) 1 (S.C.C.). In that case the Court approved an earlier decision of the Ontario Court of Appeal, R. v. Kyselka, (1962) 133 C.C.C. 103. That was a case where three accused were charged with the rape of a mentally retarded 16- year-old girl. The trial judge had permitted the Crown to call a psychiatrist, who gave evidence that because of her low mental age the complainant lacked sufficient imagination to concoct a story. It was therefore likely that she would tell the truth in court. The Court of Appeal reversed the conviction holding that such evidence led to support the credibility of the complainant was inadmissible. To the same effect see R. v. Burkart, (1965) 45 C.R. 383 (Sask. C.A.) and Clarke v. R., (1981) 63 C.C.C. (2d) 224 (Alta.C.A.). More recently, the Ontario Court of Appeal has spoken similarly without any apparent need to explain or refer to authority; see R. v. Taylor, (1987) 55 C.R.(3d) 321,331. It is so accepted as to be trite law. In Taylor the complainant's credibility had been attacked on the basis that she had recounted many sexual fantasies to others. Dr. Mian, a paediatrician and director of a sexual abuse unit at the hospital, had testified that sexually abused children often had a rich fantasy life and that for them to fantasize with regard to sexual incidents was common. The

Court held:

> That evidence was too general in nature to be supportive of the testimony of (the complainant)...The evidence of Dr. Mian should not have been left to the jury as being capable of supporting the testimony of (the complainant).

In R. v. J.(F.E.), (1990) 74 C.R.(3d) 269, the Ontario Court of Appeal did its best to reconcile two competing lines of authority: the cases above which deny oath-helping and recent appellate cases that accept opinion evidence from experts in child abuse which evidence supports the child witness's testimony. See R. v. B. (G.), (1988) 65 Sask. R. 134 (C.A.), R. v. Beliveau (1986) 30 C.C.C.(3d) 193 (B.C.C.A.), and R. v. Millar, (1989) 71 C.R.(3d) 78 (Ont.C.A.). In J. (F.E.) the accused's daughter testified that her father had committed numerous sexual offences against her over a period of many years. On cross-examination she was asked to explain a letter she had written to the Children's Aid Society shortly before the preliminary hearing saying that she had lied about her father. She testified the letter was a lie. The Crown called a psychologist who testified that the letter was fairly typical of the recantations commonly seen among children who have been sexually abused when they realize the problems that their revelations have caused. He also testified that in his experience he had not found one case in which a child was being truthful when recanting. The Court decided that while expert opinion evidence could not be admitted to bolster credibility it could be admitted to show that certain psychological and physical

conditions are consistent with sexual abuse and thus capable of supporting the credibility of the child witness:

> Properly qualified expert opinion evidence about the general behavioural and psychological characteristics of child victims of sexual abuse is admissible for certain purposes. It would violate the rule against oath-helping if a witness were allowed to express an opinion about the credibility of a particular witness. However, in order to assist a judge or jury in deciding whether, in a particular case, a recantation by a child of his or her allegations of sexual abuse should lead to a doubt about the witness's credibility, expert evidence about the general behaviour patterns of children in similar circumstances could be helpful.

The Court decided that the expert was properly allowed to give his evidence that recantations were common but he should not have testified that he had never seen a truthful recantation. The latter evidence would be an expression of the expert's opinion about the trutworthiness of the child and hence inadmissible.The Court explained the distinction:

> At first blush it may appear that there is not much of a distinction between admitting expert opinion evidence to bolster credibility and admitting it to show that certain psychological and physical conditions are consistent with sexual abuse and thus capable of supporting the testimony of the child witness. The difference is that in the first case the witness gives his or her expert opinion about truthfulness. In the second, the evidence is admitted only as tending to show a condition consistent with sexual abuse and therefore as being capable of supporting the witness's testimony. It remains for the court to decide as a question of fact whether the psychological or physical conditions, as interpreted by the expert, do in favt support the testimony of the child witness. The distinction is crucial and must always be borne in mind.

In R. v. B.(G.), (1988) 65 Sask. R. 134 , relied on in J.(F.E.), two judges of the Court of Appeal decided it was necessary to say something about the way the trial judge had dealt with the expert evidence in giving it little credence. The

expert had testified that there were several behavioural characteristics which were experienced by young victims of sexual offences. These included bed-wetting, nightmares and anxiety. The complainant's mother had testified that her daughter had experienced various problems such as bed-wetting and nightmares around the time of the alleged offence.

Wakeling,J.A.(Gerwing,J.A.,concurring),wrote :

> It is understandable that the courts should seek as much assistance as possible from those who can be qualified as experts. They can shed some additional light on evidence that would otherwise be of negligible value, so as to assist the judge in reaching a determination of what facts have been adequately corroborated or otherwise established....(The evidence) provides assistance to the trial judge in concluding whether an assault has occurred.

In the Supreme Court of Canada, G.B., A.B. and C.S.v. The Queen, June 7,1990, Wilson,J. for a unanimous court, agreed with Justice Wakeling's remarks:

> The expert evidence in this case was well within the bounds of acceptable and admissible testimony and in cases of sexual assault against children the opinion of an expert often proves invaluable.

Another issue in the case was whether the time of the assault was an essential element; the complainant had been mistaken in her evidence as to time. The Court decided the time was not an essential element and delivered some interesting comments and advice about the evidence of children:

> The judiciary should take a common sense approach when dealing with the testimony of young children and not impose the same exacting standard on them as it does on adults....While children may not be able to recount precise details and communicate the when and where of an event with exactitude, this does not mean that they have misconceived what happened and who did it.

Document: 860-265/004

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION CANADIENNE
DES JUGES DES COURS PROVINCIALES

Faits nouveaux dans le domaine du droit de la preuve

Professeur R.J. Delisle
Université Queen's
Kingston (Ontaro)

QUÉBEC (Québec)
Du 12 au 15 septembre 1990

VEUILLEZ NOTER

Ce document est distribué par le Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes (SCIC) à des fins éducatives et informatives seulement. Il est interdit de l'utiliser à mauvais escient, de le vendre ou de s'en servir à des fins commerciales. Il est également interdit d'en reproduire le contenu pour des fins autres que l'éducation ou l'information, à moins d'avoir obtenu au préalable l'autorisation du SCIC.

Centre de documentation intergouvernementale (CDI)
C.P. 488, succursale "A"
Ottawa (Ontario) K1N 8V5

FAITS NOUVEAUX DANS LE DOMAINE DU DROIT DE LA PREUVE

Document préparé relativement à la

CONFÉRENCE MIXTE

DES

JUGES DES COURS PROVINCIALES

ET A LA

CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC

Professeur R.J. Delisle
Université Queen's
Kingston (Ontario)

Présenté au Château Frontenac
Québec (Québec)
Le 14 septembre 1990

FAITS SIMILAIRES

Dans l'arrêt R. c. D. (L.E.), (1989) 71 C.R. (3d) 1 (C.S.C.), deux accusations d'agression sexuelle pesaient contre le prévenu. Ces allégations avaient trait à des incidents séparés survenus en juillet 1985. La plaignante, qui était la fille de l'accusé, était âgée de dix-sept ans au moment des incidents. Le ministère public voulait produire la preuve de nombreux incidents de caresses sexuelles et de relations sexuelles avec la plaignante, de décembre 1978 à mai 1981; en outre, il y aurait eu des incidents d'attouchements sexuels, en décembre 1983 et au printemps 1985. L'accusé avait dû répondre à plusieurs accusations, dont l'inceste, découlant des incidents qui auraient eu lieu avant mai 1981, mais, l'année suivante, le ministère public avait inscrit un arrêt des procédures relativement à ces accusations. La fille de l'accusé refusait en effet de discuter de la question avec la police. Dans son témoignage, en l'espèce, elle expliquait son refus par la crainte, son désir de ne pas blesser son père et un sentiment de culpabilité d'avoir été la cause de la séparation de ses parents. L'avocat de l'accusé ne s'opposait pas à l'admission des allégations portant sur les incidents qui avaient eu lieu en décembre 1983 et au printemps 1985, mais il refusait que l'on reçoive la preuve d'incidents qui se seraient produits avant mai 1981. Le juge du procès a déclaré que la preuve d'incidents qui seraient survenus avant mai 1981 devrait être exclue parce que l'effet préjudiciable de cette preuve l'emportait sur sa valeur probante. Toutefois, le juge a

signalé que cette preuve pouvait devenir admissible en raison de questions posées au cours du contre-interrogatoire ou par suite de la preuve à décharge. Au cours du contre-interrogatoire serré de la mère de la plaignante, l'avocat de la défense a posé de nombreuses questions sur l'état des relations familiales avant et après mai 1981, et il a insinué que des accusations fausses étaient portées contre le prévenu en raison de l'hostilité qui régnait au sein de la famille. Une réponse inattendue à l'une de ces questions avait trait à des accusations antérieures relatives à l'inceste. L'avocat de la défense n'a pas demandé d'annuler le procès; il a poursuivi le contre-interrogatoire sur les événements entourant l'accusation d'inceste en espérant minimiser les dommages. Par suite d'un ajournement, l'avocat de la défense a demandé l'annulation du procès, mais la requête a été rejetée, le juge estimant que la situation était le fait de la défense. Selon le juge, les allégations d'inconduite sexuelle antérieure à mai 1981 étaient admissibles afin de permettre à la plaignante "de tout raconter". Le juge a souligné au jury que le prévenu n'était accusé que des actes qui auraient été commis en juillet 1985 et que les incidents qui seraient survenus antérieurement ne constituaient qu'une "toile de fond". L'accusé a été condamné. Son appel a été rejeté, mais il a adressé un pourvoi à la Cour suprême du Canada.

Monsieur le juge Sopinka a rendu le jugement majoritaire de ce tribunal. Les juges McIntyre, Lamer et Wilson se sont ralliés à son opinion. Selon eux, la preuve des activités de nature

sexuelle, avant mai 1981, était reliée logiquement aux accusations portées en l'espèce. Toutefois, ils ont noté que les inconduites imputées au prévenu après mai 1981 n'étaient pas aussi graves que celles qu'il aurait commises antérieurement. En outre, aucune preuve autre que le témoignage de la plaignante n'avait été produite pour prouver la perpétration des infractions imputées en l'espèce. Tout en déclarant que l'admission de faits similaires ne suppose pas, dans chaque cas, une preuve autre que la déposition du plaignant, la Cour a signalé que, dans l'affaire D.(L.E.), la preuve de faits similaires représentait la quasi-totalité de la preuve produite par le ministère public. Selon la majorité, la valeur probante de la preuve de faits similaires ne pouvait compenser son effet préjudiciable, et cette preuve aurait dû être écartée.

La Cour a aussi jugé que l'exposé au jury relativement à la preuve de faits similaires remontant à décembre 1983 et au printemps 1985 était insuffisant. Elle a signalé que l'effet préjudiciable inhérent à une preuve de faits similaires peut se manifester de trois façons principales. Tout d'abord, si le jury accepte que l'accusé a commis les méfaits antérieurs, il peut supposer que le prévenu est une "mauvaise personne" qui est vraisemblablement coupable de l'infraction qu'on lui reproche. Deuxièmement, le jury pourrait avoir tendance à punir l'accusé pour son inconduite antérieure en le déclarant coupable de l'infraction qui lui est imputée. Enfin, il y a un danger que les jurés s'embrouillent à force d'essayer de déterminer si l'accusé

a en fait commis les actes similaires. En effet, le jury risque de substituer son verdict sur ces actes à celui qu'il doit prononcer sur le litige qu'il est appelé à trancher. Bien que le juge ait souligné que l'accusé ne subissait pas son procès relativement à l'inconduite antérieure, et que cette mise en garde ait pu minimiser le deuxième effet préjudiciable, les premier et troisième dangers pesaient toujours. Dans ses directives au jury, le juge doit indiquer que la preuve de faits similaires ne s'applique qu'aux fins limitées pour lesquelles elle a été admise. Il faut lui préciser qu'il ne doit pas considérer que cette preuve établit que l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction en question et en déduire que l'accusé est en fait coupable de cette infraction. Dans la présente instance, le juge du procès n'a pas fait une telle mise en garde au jury. Le jury n'a pas été mis en garde contre l'adoption du type de raisonnement défendu.

Madame le juge L'Heureux-Dubé s'est inscrite en dissidence. Selon elle, en l'espèce, la valeur probante de la preuve compensait l'effet préjudiciable qui en découlait pour l'accusé. A ses yeux, s'il s'agit de déterminer si un père a commis un acte d'agression sexuelle contre sa fille de dix-sept ans, il est particulièrement pertinent de savoir si cette conduite s'inscrit dans un système d'abus existant depuis longtemps. Madame le juge L'Heureux-Dubé en a conclu que, compte tenu de l'orientation des questions de l'avocat de la défense, il n'était nullement étonnant que le juge du procès ait décidé par la suite que la

preuve était devenue admissible, à titre de "toile de fond". La preuve était pertinente afin d'établir la crédibilité de la victime et fournissait un contexte très important aux incidents reprochés à l'accusé. Madame le juge a rappelé qu'il n'y a généralement pas de témoins lorsqu'un enfant est agressé sexuellement. Quand ces actes font l'objet de poursuites criminelles, c'est habituellement la parole de la victime contre celle de l'inculpé. Dans ces circonstances, la crédibilité de la victime est d'une importance cruciale. En raison de la série de questions posées par l'avocat de la défense, la preuve des agressions sexuelles antérieures commises par l'accusé contre sa fille est devenue directement pertinente à la crédibilité de cette dernière en tant que témoin principal. Au sens du juge L'Heureux-Dubé, l'exposé au jury n'avait pas été insuffisant. Bien que la preuve de la conduite sexuelle antérieure de l'accusé eût certainement choqué les jurés en l'espèce et les eût assurément influencés, cette preuve était d'une très grande valeur probante. L'exposé du juge du procès contenait de nombreuses mises en garde concernant la façon correcte d'utiliser la preuve d'incidents antérieurs.

Il semble que le jugement majoritaire dans l'arrêt L.E.D. soit contraire à la tendance amorcée par la Chambre des lords dans l'affaire R. v. Boardman, (1975) A.C. 421 (H.L.), tendance qui s'inscrit dans le sens commun, et qui a été suivie par la Cour suprême du Canada dans les causes Sweitzer c. La Reine, (1982) R.C.S. 49, R. c. Robertson, (1987) 1 R.C.S. 918 et R. c.

Green, (1988) 1 R.C.S. 228. (Pour une opinion paraillement "rétrograde" en Angleterre, voir l'arrêt R. c. Lunt, (1987) 85 Cr. App. R. 241, dont on fait la critique dans [1987] Crim. L. R. 406. Dans l'affaire Lunt, la Cour d'appel estime qu'il existe un raisonnement défendu et que la preuve de faits similaires doit informer le jury sur d'autres éléments que [TRADUCTION] "la moralité ou les mauvaises tendances de l'accusé qui l'entraîneraient à commettre le type d'acte criminel dont on l'accuse.") Dans l'arrêt L.E.D., la majorité a souligné ce qui suit :

> Il faut préciser [au jury] qu'il ne doit pas considérer que cette preuve établit que l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction en question et en déduire que l'accusé est en fait coupable de cette infraction.

Les décisions antérieures, qui n'ont pas été cassées, ne nient pas ce mode de raisonnement. Elles reconnaissent que, dans certains cas, cette logique est parfaitement fondée si la valeur probante de la preuve attestant l'inconduite antérieure du prévenu compense son effet préjudiciable.

Dans l'arrêt Robertson, Madame le juge Wilson écrivait ce qui suit, en commentant la pensée du professeur Cross :

> [La] règle d'exclusion porte en gros que la preuve de toute conduite indigne antérieure de l'accusé produite pour démontrer ses mauvaises tendances est inadmissible, à moins qu'elle ne soit à ce point probante relativement à une question ou à des questions en litige qu'elle l'emporte sur le préjudice causé. [Je souligne.]

Dans l'affaire L.E.D., la majorité a déclaré être d'accord avec

"l'énoncé concis de la règle relative à la preuve de faits similaires". On reconnaît donc que la preuve attestant l'inconduite antérieure peut être produite afin de démontrer les mauvaises tendances de l'accusé, et on peut supposer que le jury est habilité à accepter cette preuve, du moment que la valeur probante en compense l'effet préjudiciable. Il s'agit par conséquent d'une question de degré.

Dans l'affaire L.E.D., la majorité a affirmé que la valeur probante de la preuve de faits similaires doit se fonder sur un critère autre que la disposition du prévenu :

> La démarche intellectuelle consiste donc à déterminer si la preuve d'actes similaires a une valeur probante à l'égard d'un fait litigieux, outre sa tendance à mener à la conclusion que l'accusé est coupable en raison de sa disposition à commettre certains types d'actes illicites. Si la preuve a une telle valeur probante, la cour doit alors décider s'il s'agit d'une valeur probante qui suffit pour justifier son admissibilité en dépit de sa tendance préjudiciable.

Auparavant, la Cour n'avait pas rendu obligatoire ce mode de raisonnement à deux volets. En effet, dans les arrêts Robertson, Sweitzer et Green, seule la seconde étape était retenue. Dans l'affaire Sweitzer, la Cour a dit regretter vivement l'existence de catégories aux termes desquelles la preuve de faits similaires pouvait être reçue, et Monsieur le juge McIntyre décrivait ainsi le processus :

> [L']admissibilité (...) sera fonction de [l]a valeur probante [de la preuve d'actes similaires] par rapport au préjudice causé à l'accusé par suite de son acceptation à quelque fin que ce soit. [Je souligne.]

L'affaire Green portait sur une accusation d'agression sexuelle

en l'espèce, le juge du procès avait admis une preuve selon laquelle l'inculpé avait commis des actes similaires contre d'autres enfants. Monsieur le juge McIntyre a alors déclaré, tout simplement :

> Cette preuve était admissible pour démontrer l'existence d'un système adopté par l'intimé et sa force probante était suffisante pour l'emporter sur tout effet préjudiciable à l'égard de l'intimé. (...) [L]e juge du procès n'a pas commis d'erreur en l'acceptant.

Comment le "système" diffère-t-il de la disposition?

Dans l'affaire Boardman, la majorité des lords de la Chambre ont suivi le raisonnement suivant : si la disposition du prévenu, illustrée par sa conduite antérieure, était très probante relativement à un fait en litige, par rapport à l'effet préjudiciable qui en découlait, il revenait au jury de considérer la preuve établissant cette disposition. Lord Cross a renvoyé à l'arrêt R. v. Straffen, (1952) 2 Q.B. 911, pour illustrer son argument. Dans cette affaire, l'inculpé était accusé du meurtre d'une jeune fille; il s'agissait d'un cas inhabituel, car il n'y avait eu aucune tentative d'agression sexuelle. Straffen était dans le voisinage au moment du crime. Il avait déjà été reconnu coupable du meurtre de deux jeunes filles et, dans chaque cas, on n'avait relevé aucune tentative d'agression sexuelle. La preuve afférente aux meurtres antérieurs a été reçue et, en appel, la condamnation de Straffen a été confirmée. Dans l'affaire Boardman, Lord Cross a approuvé cette décision :

[TRADUCTION]

> Il aurait été absurde d'interdire que l'on produise devant le jury la preuve attestant les autres meurtres, même s'il s'agissait simplement de démontrer que Straffen était une personne susceptible de commettre un meurtre de cette espèce. [Je souligne.]

J'estime que la Cour, dans l'arrêt L.E.D., s'est égarée en suivant la déclaration de Lord Hailsham dans l'affaire Boardman, déclaration qu'elle a citée. Dans cet arrêt, les autres lords entendaient libérer le tribunal des entraves afférentes à l'affaire Makin v. A.G. N.S.W. (1894) A.C. 57 (H.L.), dont l'application avait causé beaucoup de confusion, au vingtième siècle; en fait, Lord Cross et Lord Wilberforce ne mentionnaient même pas l'arrêt Makin dans leur opinion. Seul Lord Hailsham, pour une raison inconnue, a tenté d'appliquer une fois de plus cette décision, laquelle datait de nombreuses années, en "expliquant" la règle arrêtée dans cet arrêt, explication reprise par la Cour suprême du Canada, dans la cause L.E.D. Dans son article le plus précieux, Similar Facts After Boardman, (1975) 91 L.Q.R. 193, p. 198, le professeur Hoffman signale qu'il est impossible de réconcilier la déclaration de Lord Hailsham avec nombre de causes classiques ayant trait à la preuve de faits similaires, bien que ce commentaire puisse paraphraser correctement la règle Makin.

L'inconduite antérieure de l'inculpé est pertinente si elle est similaire aux actes dont on accuse le prévenu en l'espèce. Toutefois, dans le but d'assurer l'équité du procès, les tribunaux ont prévu un critère d'exclusion : aux termes de ce

critère, l'admission de la preuve d'inconduite ne doit pas etre préjudiciable au prévenu. Dans ce contexte, on aura compris que le terme "préjudice" ne signifie pas que la preuve peut accroître les risques de condamnation, mais, plutôt, que cette preuve peut être utilisée <u>incorrectement</u> par le juge des faits. Les résultats malheureux, du point de vue de l'accusé, qui découlent de l'admission de la preuve, sont une chose; l'application injuste de cette preuve en est une autre. Le juge qui est mis au fait de l'inconduite antérieure du prévenu peut considérer qu'il a devan lui un individu foncièrement mauvais, qui mérite d'être puni indépendamment de l'infraction dont on l'accuse; ce juge peut être moins critique face à la preuve rassemblée contre l'accusé. La pertinence véritable de la preuve d'actes antérieurs découle d'un raisonnement fondé sur la disposition du prévenu et la loi reconnaît que ce type de logique est souvent fautif, puisque la nature humaine est variable et que la disposition d'une personne peut changer. La loi prévoit alors un critère d'exclusion lorsque la preuve de faits similaires est faible par rapport au préjudice possible. Cependant, si cette preuve s'avère solide, si elle est suffisamment pertinente et si, à la lumière d'éléments de preuve additionnels, elle a une valeur probante authentique eu égard au préjudice possible, le critère d'exclusion n'est plus valable. C'est alors le premier principe régissant l'appréciation des faits qui s'applique, à savoir qu'il faut admettre toute preuve pertinente, et la preuve de faits similaires est reçue.

L'accusé a droit à un procès équitable, ni plus ni moins. Comme Madame le juge L'Heureux-Dubé l'a indiqué en dissidence, la plupart des agressions commises contre des enfants se déroulent dans des circonstances peu propices à une poursuite. En effet, règle générale, seuls la victime et l'auteur de l'infraction sont témoins du crime. De par sa nature monstrueuse, il est difficile de croire à l'allégation d'agression sexuelle portée par une fille contre son propre père. En insinuant des mobiles de falsification en contre-interrogatoire, on mine encore plus la crédibilité du témoignage. Par contre, la preuve attestant la relation entre les parties, à savoir le contexte dans lequel l'agression serait survenue, pourrait rendre l'allégation crédible. Le procès est-il juste lorsque cette preuve est exclue? Commet-on une hérésie lorsqu'on estime que la victime a droit, elle aussi, à un procès équitable?

Dans l'affaire B.(C.R.) c. La Reine, le 12 avril 1990, Cour suprême du Canada, l'inculpé était accusé d'infractions d'ordre sexuel contre une très jeune fille, en l'occurrence, sa fille naturelle. Celle-ci a témoigné que les actes d'inconduite sexuelle avaient commencé en 1981, lorsqu'elle était âgée de 11 ans, et qu'ils s'étaient poursuivis pendant près de deux ans. A l'appui de ce témoignage, le ministère public a tenté de produire la preuve qu'en 1975 l'accusé avait eu des relations sexuelles avec une jeune fille de 15 ans, la fille de sa conjointe de fait, avec qui il avait une relation père-fille. Le juge du procès a reçu la preuve et condamné l'accusé. En appel,

la majorité a jugé que la preuve de faits similaires avait été admise correctement, et elle a confirmé la décision. L'accusé a adressé un pourvoi à la Cour suprême du Canada.

Madame le juge McLachlin a rendu le jugement majoritaire. Le juge en chef Dickson ainsi que les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier se sont ralliés à cette opinion. Le raisonnement, dans ce cas, différait sensiblement de l'opinion de la Cour dans l'affaire D.(L.E.). Tout d'abord, la Cour a déclaré que la preuve qui est produite dans le seul but de démontrer que l'inculpé est le genre de personne susceptible d'avoir commis l'infraction est, en principe, irrecevable. En deuxième lieu, pour déterminer si, en l'espèce, la preuve constitue une exception à cette règle générale, il faut répondre à la question suivante : la valeur probante de cette preuve l'emporte-t-elle sur l'effet préjudiciable qui en découle? Le juge du procès doit considérer des facteurs comme la distinction entre les faits similaires et les infractions imputées à l'inculpé, ainsi que le lien, s'il en est, entre la preuve et des questions autres que la propension pour déterminer si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la valeur probante de la preuve l'emporte sur son préjudice potentiel et justifie son admission. En examinant la jurisprudence, la Cour a noté que bien que les tribunaux aient fait grand état de n'admettre la preuve de faits similaires que lorsqu'elle atteste un élément autre que la propension de l'accusé, ils avaient, en fait, régulièrement recours au soi-disant "mode de raisonnement interdit", fondé sur la disposition.

Les professeurs Andrews et Hirst, dans leur ouvrage Criminal Evidence (1987), font part d'une observation fort intéressante au sujet de l'arrêt Makin : cet arrêt serait à l'origine de la directive qui interdit, à partir de la preuve de faits similaires, de conclure à la culpabilité du prévenu pour cause de disposition. Rappelons les faits pertinents à l'affaire Makin. Les Makin accueillaient chez eux des enfants dont personne ne voulait et en assuraient le soutien, contre rémunération. Le corps d'un enfant avait été trouvé enterré dans leur jardin et les Makin avaient été poursuivis pour meurtre. La poursuite a présenté une preuve attestant que l'on avait trouvé le cadavre d'autres enfants dans le jardin des inculpés. Les auteurs apportent le commentaire suivant (par. 15.39) :

> [TRADUCTION]
>
> Le jury a dû raisonner ainsi : "Il ne peut s'agir, dans chaque cas, de mort naturelle. Les Makin ont dû assassiner au moins la plupart des enfants dont on a trouvé le cadavre; par conséquent, il est fort probable qu'ils aient aussi assassiné l'enfant dont il est question en l'espèce". Voilà, bien sûr, le prétendu mode de raisonnement interdit, dans l'arrêt même qui était sensé avoir condamné ce type de logique.
>
> Dans l'arrêt B.(C.R.), la majorité a déclaré ce qui suit :
>
> [L]a preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise lorsque la valeur probante de la preuve relative à une question soulevée est tellement grande qu'elle l'emporte sur le préjudice grave que subira inévitablement l'accusé si la preuve d'actes immoraux ou illégaux antérieurs est présentée au jury.

La Cour a reconnu que l'admissibilité de la preuve de faits similaires comporte un élément discrétionnaire et que, lorsque

le droit reconnaît au juge du procès un important pouvoir discrétionnaire, les cours d'appel hésitent à s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir, à moins qu'il y ait erreur de droit ou de compétence. La majorité a signalé que, dans chaque cas, l'accusé avait établi une relation père-fille avec la victime avant le début des infractions d'ordre sexuel et que l'on pourrait soutenir qu'il s'agit alors, sinon d'un système ou d'un plan, du moins d'un modèle de comportement similaire permettant de croire que le récit de la plaignante est véridique. La question est donc de savoir si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable. La majorité a déclaré que, bien que la preuve produite puisse lui sembler un cas limite en matière d'admissibilité, elle n'était pas disposée à modifier la décision du juge du procès dont la tâche était de soupeser la valeur probante de la preuve et son effet préjudiciable en fonction de l'ensemble de l'affaire.

Les juges Sopinka et Lamer se sont inscrits en dissidence. Selon Monsieur le juge Sopinka :

> Il n'existe pas de règle particulière relative à la preuve de faits similaires en matière d'infractions d'ordre sexuel. (...) [L]a preuve des actes que l'on prétend être similaires doit avoir une autre pertinence que celle d'établir simplement une disposition générale à commettre le crime reproché.

A ses yeux, la propension ne peut, à elle seule, servir de fondement à l'admissibilité de la preuve. Si la preuve s'avère pertinente au-delà de la simple propension de l'accusé, il faut, pour qu'elle soit admise, que sa valeur probante l'emporte sur

son effet préjudiciable. Monsieur le juge Sopinka a distingué entre la preuve relative à la moralité en général et la façon de faire. Ce que le droit veut interdire est un raisonnement aux termes duquel l'accusé serait condamné en raison de sa réputation de voleur, de fraudeur, de menteur ou de personne violente. Par ailleurs, une façon de faire très individualisée équivaut à une preuve que l'accusé a laissé sa carte de visite. Le raisonnement qui relie l'accusé au crime reproché est identique à celui qui est suivi dans le cas d'autres preuves d'identification et se différencie du raisonnement interdit. Monsieur le juge a signalé qu'il ne s'agissait que de deux cas, séparés par un laps de temps considérable, et qu'il était indiqué de procéder avec prudence. A ses yeux, il ne fallait pas, dans chaque cas, considérer comme inhabituelle la relation père-fille, mais l'interpréter plutôt comme neutre. Par conséquent, la preuve de faits similaires aurait dû être rejetée.

Dans l'affaire R. c. D.(L.E.), ci-dessus, Monsieur le juge Sopinka, rendant le jugement de la majorité, avait déclaré ce qui suit relativement aux cas où la preuve de faits similaires est reçue :

> Il faut préciser [au jury] qu'il ne doit pas considérer que cette preuve [la preuve de faits similaires] établit que l'accusé est le genre de personne qui commettrait l'infraction en question et en déduire que l'accusé est en fait coupable de cette infraction.

La Cour a insisté que la preuve de faits similaires ne pouvait être reçue que si elle avait une valeur probante relativement à un fait en litige, indépendamment de la disposition du prévenu.

Dans l'arrêt R. c. B. (C.R.), la Cour fait brusquement volte-face. En effet, en l'espèce, la Cour soutient ce qui suit :

> [L]a preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise lorsque la valeur probante de la preuve relative à une question soulevée est tellement grande qu'elle l'emporte sur le préjudice grave que subira inévitablement l'accusé si la preuve d'actes immoraux ou illégaux antérieurs est présentée au jury.

Voilà un repli apprécié. Après l'arrêt Makin v. New South Wales, ci-dessus, lequel a fait école, les tribunaux ont eu tendance à créer des catégories de cas où la preuve de faits similaires serait admise. Ce n'est qu'avec l'arrêt R. v. Boardman, ci-dessus, que cette approche a été rejetée. Plutôt que de créer une autre "catégorie de pertinence" afin de satisfaire aux faits en l'espèce, les lords ont arrêté une approche fondée sur des principes précis et servant à déterminer l'admissibilité d'une preuve : évaluer la valeur probante de cette preuve par rapport à son effet préjudiciable. En réalité, dans nombre de causes majeures relatives aux faits similaires, la preuve n'avait servi qu'à démontrer la disposition de l'accusé même si, semble-t-il, on s'efforçait souvent de masquer cette démarche en invoquant l'une des catégories prévues. Toutefois, lorsque la Cour disait recevoir la preuve de faits similaires [TRADUCTION] "dans le but de démontrer l'existence d'un système", "afin de prouver l'intention", "pour réfuter la défense d'accident" ou encore "afin de prouver l'identité", elle admettait la preuve dans le but de démontrer que l'accusé était le type de personne qui aurait commis l'acte criminel en question, comme l'attestait sa

conduite antérieure. La Cour prendrait note du préjudice possible et ne recevrait la preuve que lorsque la valeur probante en était si considérable qu'elle l'emportait sur le préjudice subi, en cas de "similarité frappante" ou, encore, lorsque ce serait [TRADUCTION] "faire affront au sens commun que de la rejeter".

Dans l'affaire R. c. Morin, (1988) 66 C.R. (3d) 1 (C.S.C.), l'une des questions en litige avait trait à l'admissibilité de la preuve psychiatrique produite par le ministère public. La Cour, sur cette question, était unanime. Monsieur le juge Sopinka estimait que l'admissibilité de la preuve, dans un tel cas, supposait que le ministère public surmonte les mêmes obstacles que lorsqu'il produisait une preuve de faits similaires. Adoptant l'approche suivie par la suite dans l'arrêt D.(L.E.), il écrivait :

> Par conséquent, lorsque la poursuite présente une preuve psychiatrique d'expert, le juge du procès doit déterminer si elle est pertinente relativement à un point litigieux de l'affaire, indépendamment de sa tendance à indiquer la propension. Si elle est pertinente relativement à un autre point (p. ex. l'identité), il faut alors établir si sa valeur probante à cet égard l'emporte sur son effet préjudiciable sur la question de la propension. En somme, si l'unique pertinence ou la pertinence principale de la preuve est de démontrer une propension, alors il faut exclure la preuve.

On pourrait alors supposer que la révocation relative à l'arrêt B.(C.R.) s'appliquerait aussi à cette position.

Comment la preuve de faits similaires et la preuve psychiatrique peuvent-elles établir l'identité si ce n'est en attestant la disposition ou la propension de l'inculpé? En fait,

fort curieusement, en justifiant la décision de traiter la preuve psychiatrique à l'instar de la preuve de faits similaires, Monsieur le juge Sopinka écrivait lui-même ce qui suit, dans l'arrêt Morin :

> Il est illogique que la preuve qui tend à démontrer la propension de l'accusé à commettre le crime soit traitée différemment parce qu'elle est introduite par un témoignage d'expert plutôt qu'au moyen de la conduite similaire passée. [Je souligne.]

Et Monsieur le juge Sopinka de poursuivre, toujours dans l'arrêt Morin :

> [P]our être pertinente relativement à la question de l'identité, la preuve doit tendre à démontrer que l'accusé partageait avec l'auteur du crime un trait de comportement distinctif inhabituel. Le trait doit être distinctif au point d'agir presque comme une étiquette ou une marque qui identifie l'auteur du crime. [Je souligne.]

Que l'on parle de propension, de trait de comportement ou de façon d'agir, il s'agit, dans chaque cas, du même mode de raisonnement. Dans l'affaire B.(C.R.), Monsieur le juge Sopinka emploie l'expression "façon d'agir", qu'il distingue de la preuve relative à la moralité en général; la preuve de faits similaires attestant la façon d'agir peut être reçue, mais elle doit être rejetée si elle n'établit que la moralité en général. S'agit-il ici de différences fondamentales ou plutôt de différences de degrés? On ne peut recevoir la preuve de faits similaires qui ne fait que démontrer le caractère foncièrement mauvais de l'accusé, mais on peut admettre cette preuve si elle établit que l'accusé est bien la personne qui a commis le crime. Par conséquent, l'admissibilité ne dépend que du degré de force probante, une fois cette force évaluée et comparée à l'effet

préjudiciable qui découle de la preuve. En fait, Monsieur le juge Sopinka n'interdit pas le raisonnement fondé sur la disposition; l'analyse qu'il fait du "trait de comportement" ou de la "façon d'agir" en revient au même.

Monsieur le juge Sopinka déclare qu'il ne peut souscrire à une théorie qui veut que l'admissibilité ne soit fondée que sur la propension de l'inculpé. Il maintient ce qui suit :

> Affirmer que la propension peut avoir une valeur probante suffisamment élevée pour être recevable est une contradiction en soi. Cela revient à dire que c'est lorsque le danger du mode de raisonnement interdit est le plus grand, que la preuve peut être admise.

Mais qu'interdit au juste le droit? Quel est son objet lorsqu'il prévoit une règle générale stipulant que le ministère public ne peut présenter une preuve du mauvais caractère de l'inculpé? De quelle façon l'accusé subit-il un préjudice? Certainement pas par l'application d'un mode de raisonnement. Voici plutôt ce qui préoccupe la justice : le juge des faits qui découvre que l'accusé est une mauvaise personne risque d'accorder trop d'importance à ce fait et d'être moins critique face à la preuve qui est produite contre l'inculpé. Il risque de réagir émotivement et d'être moins rationnel en analysant la cause du ministère public. Il voudrait peut-être punir l'accusé de son inconduite antérieure, et, pour cette raison, le reconnaître coupable de l'acte criminel imputé en l'espèce. Aux yeux de la justice, il est possible que la preuve d'inconduite antérieure embrouille le jury, lequel serait détourné de sa tâche principale. Voilà en quoi consistent les effets préjudiciables

possibles; pour un résumé de ces effets, voir le jugement de Monsieur le juge Sopinka dans l'arrêt D. (L.E.). Le terme "préjudice", dans ce contexte, ne signifie pas que la preuve accroîtra les risques de condamnation, mais plutôt qu'elle peut être employée incorrectement et injustement. Lorsque la preuve a une valeur probante très élevée, et qu'elle démontre directement que l'inculpé a commis les actes dont on l'accuse, l'injustice, à savoir le préjudice, est annulée, et la preuve, alors pertinente, est reçue.

Si l'on rejette la méthode des catégories, l'admissibilité de la preuve de faits similaires implique un certain pouvoir discrétionnaire exercé par le juge du procès. La majorité reconnaît ce pouvoir et affirme qu'elle répugne à s'immiscer dans le jugement rendu, à moins que l'on démontre l'existence d'une erreur de droit ou de compétence. Bien qu'à son avis l'affaire constituait un "cas limite en matière de recevabilité de la preuve", la majorité a décidé de ne pas s'ingérer dans la décision du juge du procès, à qui il revenait de soupeser la valeur probante de la preuve et son effet préjudiciable. Pour la majorité, le fait que l'accusé avait établi des relations père-fille avec les victimes avant d'avoir avec elles des relations sexuelles peut être considéré comme un modèle de comportement similaire, ce qui laisserait croire que les propos de la deuxième jeune fille sont crédibles. En dissidence, Monsieur le juge Sopinka a déclaré que, dans chaque cas, l'existence de relations père-fille ne constitue pas un fait inhabituel, mais est neutre.

Ce raisonnement ne saurait tenir. Le ministère public n'a pas produit une preuve établissant que l'accusé avait, antérieurement, agressé sexuellement une victime quelconque. Au contraire, la preuve présentée attestait du fait que l'inculpé avait commis nombre d'actes sexuels avec une personne qui le considérait comme son père! Cette preuve avait assurément une valeur probante évidente lorsqu'il s'agissait de déterminer si la plaignante avait eu des relations sexuelles avec son père; elle ne saurait être utilisée par les jurés à la seule fin de conclure que l'inculpé est une mauvaise personne. Cette preuve étaye le témoignage de la plaignante et atteste le fait que l'accusé est bien la personne décrite dans l'acte d'accusation; la preuve de faits similaires mérite donc d'être reçue.

OPINION D'EXPERT FONDEE SUR LE OUI-DIRE

Dans l'affaire Lavallee c. R., le 3 mai 1990, Cour suprême du Canada, l'inculpée était accusée du meurtre de son conjoint de fait. Elle avait tiré sur lui et l'avait atteint à la partie postérieure de la tête, comme il quittait sa chambre. Elle n'a pas témoigné au procès, mais la déclaration qu'elle a faite à la police, la nuit du meurtre, a été produite en preuve. Dans ce document, l'accusée déclarait avoir craint la victime; elle affirmait que celle-ci avait chargé l'arme pour elle, qu'elle l'avait maltraitée physiquement, le soir de l'incident, comme elle le faisait généralement, et qu'elle avait menacé de la tuer. L'accusée a admis avoir abattu la victime, mais elle a soutenu qu'elle n'avait pas l'intention de l'atteindre, en tirant le coup de feu. Au procès, on a produit une preuve importante attestant le caractère explosif de la relation entre l'accusée et la victime, et le fait que la prévenue avait fréquemment été maltraitée physiquement par la victime. A la demande de l'avocat de la défense, un psychiatre ayant à son actif une très grande expérience du traitement de femmes battues a fait une évaluation psychiatrique de l'accusée, évaluation qui a été utilisée à l'appui du plaidoyer de légitime défense. L'expert a expliqué que l'inculpée avait été terrorisée par son conjoint à un tel point qu'elle se sentait piégée, vulnérable, bonne à rien et incapable de s'échapper malgré la violence de la situation. En même temps, les mauvais traitements systématiques et continus mettaient sa vie en danger. Selon le psychiatre, le meurtre était l'ultime

acte désespéré d'une femme qui croyait sincèrement qu'elle serait tuée cette nuit-là. L'expert fondait son opinion sur quatre heures d'entrevues structurées avec l'accusée, des rapports de police, des rapports d'hôpital constatant les visites de l'inculpée au service des urgences ainsi que sur une entrevue avec la mère de l'accusée. En déposant, le psychiatre a relaté beaucoup de choses que l'accusée lui avait dites, mais qui n'étaient appuyées par aucune preuve admissible. Le jury a acquitté la prévenue, mais la Cour d'appel du Manitoba à la majorité a annulé le verdict parce que les directives du juge au jury concernant le poids de la preuve d'expert étaient insuffisantes. L'inculpée a adressé un pourvoi à la Cour suprême du Canada.

Madame le juge Wilson a rendu le jugement de la majorité. Le juge en chef Dickson ainsi que les juges Lamer, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont souscrit à cette décision. Madame le juge Wilson a reconnu que le plaidoyer de légitime défense aux termes de l'article 34(2) du Code criminel, lorsque l'accusé cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque, impose une norme objective du raisonnable à l'appréhension de la mort et à la nécessité de recourir à la force meurtrière pour repousser l'attaque. Dans le cas d'un conjoint battu, la définition de ce qui est raisonnable doit être adaptée à des circonstances qui, somme toute, sont étrangères au monde habité par l'hypothétique "homme raisonnable". Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable, en soi, d'appréhender la

mort ou une lésion corporelle grave avant que l'agression ne soit en cours. Etant donné le contexte relationnel dans lequel la violence survient, dans le syndrome des femmes battues, l'état mental de l'accusée au moment critique où elle appuie sur la détente ne saurait se comprendre qu'à la lumière des effets cumulatifs d'une brutalité subie pendant des mois ou des années. La nature cyclique des mauvais traitements tient à ce qu'ils donnent à la violence un degré de prévisibilité qu'on ne trou pas dans un incident isolé de violence entre deux personnes qu ne se connaissent pas.

La Cour a déclaré que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en recevant la preuve du psychiatre. Le témoignage d'expert est admissible pour aider le juge des faits à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinentes qui dépassent celles du profane. Il est difficile pour le profane de comprendre le syndrome de la femme battue. En effet, on croit communément que les femmes battues ne sont pas vraiment maltraitées aussi gravement qu'elle le prétendent, sinon elles auraient mis fin à la relation. Certains estiment d'autre part que les femmes aiment etre battues, qu'elles ont des tendances masochistes. Chacun de ces stéréotypes peut jouer défavorablement dans l'examen de l'allégation d'une femme battue qui soutient avoir agi en légitime défense quand elle a tué son partenaire. La preuve d'expert peut aider le jury en détruisant ces mythes. Le témoignage d'expert concernant la capacité de l'accusée de

percevoir le danger présenté par son partenaire peut être pertinent lorsqu'il s'agit de savoir si elle avait des "motifs raisonnables pour appréhender" la mort ou quelque lésion corporelle grave à une occasion déterminée. Le témoignage d'expert touchant la question de savoir pourquoi une accusée ne met pas fin à sa relation avec l'agresseur peut être pertinent pour apprécier la nature et le degré de la violence qui lui aurait été infligée. En expliquant pourquoi l'accusée ne s'est pas enfuie quand elle croyait sa vie en danger, le témoignage d'expert peut aussi aider le jury à apprécier le caractère raisonnable de sa conviction que tuer son agresseur était le seul moyen de sauver sa propre vie.

La Cour a noté que la preuve d'expert ne retire pas au jury, ni ne peut lui retirer, la tâche de décider si, en fait, les perceptions et les actes de l'accusée étaient raisonnables. Le jury n'est pas tenu de retenir les opinions avancées par l'expert relativement aux effets de la violence sur l'état mental des victimes en général ou sur celui de l'accusée en particulier. Mais il faut, dans l'intérêt de l'équité et de l'intégrité du procès, que le jury ait la possibilité d'entendre ces opinions. En l'espèce, le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en recevant le témoignage d'expert, à la lumière de la preuve abondante sur laquelle il pouvait fonder la conclusion que l'accusée avait été brutalement et fréquemment battue par son conjoint de fait pendant leur liaison.

La Cour a estimé qu'il ne fallait pas ordonner la tenue

d'un nouveau procès parce que l'exposé du juge au jury aurait été insuffisant relativement à la preuve d'expert. Une opinion d'expert pertinente est admissible, même si elle est fondée sur une preuve de seconde main. Cette preuve fondée sur le ouï-dire est recevable pour faire part des renseignements sur lesquels s'appuie l'opinion d'expert et non pas à titre de preuve établissant l'existence des faits sur lesquels cette opinion se fonde. Lorsque la preuve psychiatrique consiste en une preuve par ouï-dire, le problème qui se pose est celui de la valeur probante à accorder à l'opinion. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels cette opinion de fonde. Tant qu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne peut par la suite dire au jury de faire complètement abstraction du témoignage. Le juge doit, bien sûr, faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve moins la valeur probante de son opinion est grande. En l'espèce, le juge du procès s'est correctement acquitté de la tâche difficile qui consiste à faire comprendre au jury que la valeur probante à accorder au témoignage de l'expert est directement reliée à la quantité et à la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels il est fondé.

Monsieur le juge Sopinka a souscrit à cette conclusion. Il a cherché à distinguer entre l'opinion d'expert fondée sur un ouï-dire crédible et celle qui est établie à partir de

renseignements suspects. La preuve que l'expert obtient et sur laquelle il se fonde dans les limites de sa compétence, et en consultation avec des collègues, devrait avoir une valeur probante, étant donné les fortes garanties de crédibilité qu'elle comporte. Lorsque, toutefois, les données sur lesquelles l'expert fonde son opinion proviennent du plaideur ou d'une autre source fondamentalement suspecte, le tribunal devrait exiger que ces données soient établies par une preuve indépendante. L'absence d'une telle preuve influera directement sur le poids à donner à l'opinion, peut-être au point de lui enlever toute valeur probante. Toutefois, à l'instar de la majorité, Monsieur le juge Sopinka a affirmé que, si l'opinion de l'expert est fondée en partie sur des renseignements suspects et en partie sur des faits reconnus ou des faits qu'on essaie de prouver, il s'agit uniquement d'une question de valeur probante. Lorsqu'il existe quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert, le juge du procès ne peut indiquer au jury de faire complètement abstraction du témoignage. En l'espèce, selon lui, l'exposé du juge au jury était suffisant, relativement à la valeur probante de l'opinion d'expert.

Dans l'affaire Lavallee, la Cour devait trancher quant à deux questions portant sur l'admissibilité de la preuve. Dans sa plaidoirie principale, le ministère public soutenait que la preuve psychiatrique d'expert visant le caractère raisonnable des actes posés par l'inculpée n'aurait pas dû être reçue en l'espèce, car elle était superflue; les juges et les jurés

connaissent le comportement humain et les experts ne sont admis que lorsqu'ils ont des connaissances supérieures à celles du profane. Le ministère public a soutenu que le jury pouvait tirer correctement ses conclusions et décider si l'accusée avait agi de façon raisonnable dans les circonstances. La Cour, à l'unanimité, a rejeté cet argument. Elle a judicieusement reconnu que le cas de la personne battue fait toujours l'objet de mythes et de stéréotypes, et que le juré moyen ne comprend pas le type de situation. Le jury a besoin du témoignage d'expert pour établir si l'accusée avait des motifs raisonnables pour appréhender la mort ou quelque lésion corporelle grave, et si elle estimait raisonnablement qu'il fallait avoir recours à la force meurtrière.

La deuxième question avait trait à l'application correcte de la décision de la Cour dans l'affaire R. c. Abbey [1982] 2 R.C.S. 24. Dans cette affaire, l'inculpé était accusé d'avoir importé des stupéfiants. Il avait subi son procès devant un juge siégeant seul, et son avocat avait plaidé l'aliénation mentale. L'accusé n'avait pas témoigné. La seule preuve produite par la défense était le témoignage d'un psychiatre; selon celui-ci, Abbey souffrait d'aliénation mentale au moment de la perpétration de l'infraction. Le témoin s'appuyait sur les déclarations extrajudiciaires que l'accusé lui avait faites, et il avait relaté nombre de ces déclarations au tribunal. Le ministère public a appelé un autre psychiatre en réfutation. L'accusé a été acquitté et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté

l'appel interjeté par le ministère public. Celui-ci a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en admettant comme établis les faits sur lesquels les psychiatres s'étaient appuyés pour former leur opinion. La Cour d'appel n'était pas d'accord avec l'interprétation qui était faite des motifs du juge du procès :

> [TRADUCTION]
>
> A mon sens, le juge n'a pas accepté comme établis les faits sur lesquels les psychiatres s'étaient appuyés pour former leur opinion. J'estime qu'il relatait simplement l'opinion des psychiatres et répétait quelques-unes des déclarations qui leur avaient été faites et sur lesquelles ils s'étaient appuyés.

La Cour d'appel a déclaré qu'un expert pouvait exprimer une opinion même si les faits pertinents n'avaient pas été établis :

> [TRADUCTION]
>
> A mon avis, aucun précédent cité ne va jusqu'à soutenir que l'opinion des psychiatres doit être refusée à moins qu'un élément de preuve, qui provient d'une autre personne que le patient, ne soit produit pour soutenir de façon objective les faits sur lesquels les psychiatres se sont appuyés pour en arriver à leurs conclusions. J'estime plutôt que la jurisprudence indique qu'il s'agit d'une question de poids à accorder à l'opinion du psychiatre.

La Cour suprême a reçu l'appel du ministère public et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès; elle s'opposait en effet à l'interprétation de la Cour d'appel relativement aux motifs du juge de première instance :

> [L]e juge du procès a commis une erreur de droit en tenant pour des faits les éléments de preuve par ouï-dire sur lesquels se fondait l'opinion du psychiatre. (...) [C]'est à tort que le juge a tenu pour prouvés les faits sur lesquels les médecins s'étaient fondés pour former leurs opinions.

S'il s'agit là de la seule raison de l'arrêt Abbey, les décisions antérieures de la Cour, selon lesquelles l'opinion d'expert est admissible même si l'on n'a pas prouvé la totalité des faits sur lesquels ces opinions s'appuient, sont toujours en vigueur; voir les arrêts Wilband c. R., [1967] 2 C.C.C. 6 (C.S.C.), R. c. Lupien, [1970] 2 C.C.C. 193 (C.S.C.), City of St. John v. Irving Oil Company, (1966) 58 D.L.R. (2d) 404 (C.S.C.). La Cour, toutefois, a poursuivi ainsi :

> Bien qu'on ne conteste pas le droit des experts médicaux de prendre en considération tous les renseignements possibles pour former leurs opinions, cela ne dégage en aucune façon la partie qui produit cette preuve de l'obligation d'établir, au moyen d'éléments de preuve régulièrement recevables, les faits sur lesquels se fondent ces opinions. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion. [Je souligne.]

Par suite de cette affirmation, certains ont cru comprendre qu'il fallait prouver la totalité des faits sur lesquels une opinion se fonde avant que l'opinion puisse avoir "une valeur probante" quelconque.

Dans l'affaire Lavallee, Madame le juge Wilson, au nom de la Cour, considère que la véritable raison de l'arrêt Abbey consiste en ce que le juge des faits a traité comme véridiques les faits rapportés au psychiatre. Elle estime qu'on peut attribuer une valeur probante à une opinion même si l'on n'a pas établi, individuellement, tous les faits qui fondent cette opinion; il faut toutefois qu'il y ait "quelque élément de preuve admissible tendant à établir le fondement de l'opinion de l'expert" et que

le jury comprenne bien que les faits qui sont rapportés à l'expert sans être prouvés individuellement ne peuvent être acceptés comme véridiques. Le juge ne devrait pas dire au jury de faire complètement abstraction de l'opinion fondée en partie sur une preuve irrecevable; il lui revient plutôt de "faire comprendre au jury que plus l'expert se fonde sur des faits non établis par la preuve moins la valeur probante de son opinion sera grande". Néanmoins, la Cour reconnaît "la difficulté fondamentale (...) à s'acquitter de cette obligation en l'espèce".

Dans l'affaire Lavallee, il existait une preuve admissible pour soutenir l'opinion du psychiatre. La déclaration que l'inculpée avait faite à la police, la nuit où l'agresseur avait été abattu, a été produite en preuve. L'accusée faisait état de sa crainte et décrivait comment la victime avait menacé de la battre, après le départ des autres personnes. Il était prouvé que la victime avait déjà agressé l'accusée et que celle-ci avait dû se rendre au service des urgences pour y faire soigner ses blessures. On voit donc que l'affaire Lavallee diffère notablement de l'arrêt Abbey, dans lequel l'opinion se fondait entièrement sur du ouï-dire. Si, dans l'affaire Lavallee, le psychiatre s'était prononcé sur le caractère raisonnable des actes de l'accusée en fonction uniquement de la preuve admissible, il n'y aurait eu aucun problème. Cependant, le spécialiste a déclaré avoir fondé son opinion non seulement sur cette preuve, mais aussi sur les résultats de quatre heures

d'entrevues avec l'accusée et sur un entretien avec la mère de celle-ci. Ni l'accusée ni sa mère n'ont témoigné. Le psychiatre a indiqué à la Cour que l'accusée était une source importante, sinon la source principale, des renseignements qu'il avait obtenus, et que, si ces renseignements étaient faux, il devrait revoir sa position. Il a relaté au juge des faits une grande partie de l'information que l'accusée lui avait communiquée. Par conséquent, il fallait mettre le jury en garde. À la lumière de la décision arrêtée dans l'arrêt Abbey; selon la Cour suprême, cette mise en garde a été faite, mais la Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, ne partage évidemment pas cet avis (voir l'arrêt R. c. Lavallee, (1988) 65 C.R. (3d) 387).

La Cour reconnaît que la tâche qui incombe au juge du procès constitue une "difficulté fondamentale". Il faut se rappeler qu'il s'agit ici d'un appel et que le tribunal se penche sur l'ensemble du processus adopté afin de déterminer s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Outre la difficulté d'indiquer au jury quel poids attribuer à l'opinion d'expert lorsque la base factuelle de cette opinion est "un mélange d'éléments de preuve, tant admissibles qu'inadmissibles", il est possible que le jury ne suive pas les directives du juge du procès et qu'il traite comme véridiques les faits que relate l'expert et sur lesquels il fonde son opinion.

À l'avenir, le juge du procès qui entend éviter les difficultés et les dangers ferait bien, par suite de l'arrêt Lavallee, de veiller à ce que l'opinion de l'expert se limite à

ce que celui-ci est habilité à exprimer, d'après, uniquement, la preuve admissible dont la crédibilité peut être établie par le juge des faits. Si aucune preuve admissible ne soutient l'opinion, si celle-ci, par exemple, ne se fonde que sur du ouï-dire, il est logique de supposer que cette opinion est irrecevable. Comme Monsieur le juge Sopinka le souligne dans son opinion concordante, il est illogique de recevoir une opinion qui n'a aucune valeur probante. Cette opinion n'est pas pertinente. Le juge du procès doit faire en sorte que l'expert n'exprime que l'opinion qui est fondée sur une preuve recevable; pour ce faire, il doit savoir en quoi consiste cette preuve. Par conséquent, il peut être sage de prescrire que l'expert témoigne en dernier, après les autres témoins à décharge, y compris l'accusé si l'on décide qu'il doit être appelé. Cet avis découle de l'opinion qui veut que l'arrêt Lavallee illustre le principe suivant : l'expert ne devrait pas exprimer d'opinion sur une preuve inadmissible; toutefois, si cela se produit, on peut régler le problème par une mise en garde au jury. Cette interprétation provient de la préoccupation de la Cour au sujet de la mise en garde adéquate; cette mise en garde semblerait superflue si l'expert pouvait, dans les règles, exprimer une opinion fondée en partie sur une preuve inadmissible. Toutefois, la Cour veut peut-être dire que l'expert peut exprimer une opinion fondée en partie sur une preuve irrecevable si le jury est prévenu en bonne et due forme quant à la valeur probante à attribuer à cette preuve. Cette interprétation serait conforme aux décisions antérieures de la

Cour dans les affaires Lupien, Wilband et City of St. John, ci-dessus. Dans l'affaire Lupien, par exemple, Monsieur le juge Ritchie écrivait ce qui suit, à la page 200 :

> Le fait que les procédés employés par le psychiatre pour se former une opinion dépendent nécessairement d'informations obtenues de l'intimé ou d'autres personnes, hors la présence du jury, ne rend point cette opinion irrecevable, bien qu'il puisse être un facteur à prendre en considération en évaluant la force probante de cette opinion. S'il en était autrement, les tribunaux seraient privés d'un nombre important d'opinions médicales fondées sur des méthodes cliniques de diagnostic.

Pour une critique de l'approche adoptée dans l'affaire Lupien, voir Pattenden, Expert Opinion Evidence Based on Hearsay, [1982] Crim. L. Rev. 85, page 89, cité par la Cour d'appel du Manitoba :

> [TRADUCTION]
>
> Son effet est de substituer, en faveur d'une conclusion de fait par le jury, après que le contre-interrogatoire des témoins a été complété, une conclusion de fait par un expert qui est peu susceptible d'avoir exigé une preuve aussi stricte que celle qui doit être satisfaite dans le cadre de poursuites criminelles. (...) En outre, nombre d'autorités sont d'avis que le jury est certainement aussi bien placé que l expert pour juger de la crédibilité du matériel sur lequel l'opinion est fondée.

La majorité ne se penche pas sur la valeur des différents types de ouï-dire auxquels les experts ont recours pour fonder leur opinion. Nos tribunaux rejettent la preuve par ouï-dire, car ils se préoccupent de la fiabilité de déclarations qui ne sont pas validées par un contre-interrogatoire. Ils acceptent le ouï-dire lorsque les circonstances qui entourent la déclaration garantissent sa véracité, faisant ainsi office de contre-

interrogatoire; voir, par exemple, l'arrêt Ares c. Venner (1970) 14 D.L.R. (3d) 4 (C.S.C.), suivi, dans un contexte pénal, dans l'affaire R. c. Monkhouse, (1987) 61 C.R. (3d) 343 (Alta C.A.). Les experts se fondent régulièrement sur ce qu'ils ont appris à l'université pour élaborer leur opinion. En formant cette opinion à l'extérieur de la salle d'audience, opinion qui a souvent des effets certains sur le règlement du litige, ils se fient à des tiers pour les données qu'ils utilisent. Les experts élaborent des standards et des techniques qui leur permettent de distinguer le fantasme du fait. A cet égard, l'expertise peut même être considérée, par certains, comme remplaçant de façon satisfaisante le contre-interrogatoire, mécanisme qui a fait ses preuves. Quoiqu'il en soit, il faut faire une distinction lorsqu'on évalue l'admissibilité de l'opinion d'expert fondée sur le ouï-dire. Si, de l'avis de la Cour, le fondement du ouï-dire est fiable, et qu'il s'agit du type d'information sur lequel l'expert s'appuie régulièrement, l'opinion devrait être reçue même sans preuve indépendante; lorsque le fondement du ouï-dire est suspect, le tribunal devrait exiger une preuve additionnelle. Cette distinction, recommandée par Monsieur le juge Sopinka dans son opinion concordante relativement à l'affaire Lavallee, a été proposée par Delisle, Principles and Problems, (2d Edition, 1989), pages 475 et 476.

Cette distinction a été appliquée avec succès dans l'affaire R. v. Jordan, (1983) 33 C.R. (3d) 394 (B.C. Co. Ct.), approuvée par la Cour d'appel de cette province, (1984) 39 C.R.

(2d) 50 (B.C.C.A.). On a alors distingué l'affaire Abbey. L'inculpé était accusé d'avoir importé des stupéfiants; selon l'expert, il s'agissait d'héroïne. L'analyste a expliqué qu'il avait comparé l'échantillon suspect à une substance type qui lui avait été fournie. La défense a invoqué la décision Abbey; elle a soutenu que l'opinion de l'expert devait être rejetée puisque celui-ci avait accepté la substance type sur la foi d'un ouï-dire. Les tribunaux ont toutefois été d'avis que la preuve par ouï-dire sur laquelle l'expert s'était fondé était fiable, et ils ont jugé superflu d'exiger une preuve additionnelle. On peut supposer que l'arrêt Lavallee permettrait une distinction analogue.

Dans son jugement, Monsieur le juge Sopinka note que lorsque l'expert fonde son opinion sur des données qui "proviennent d'une partie au litige fondamentalement suspecte, un tribunal devrait exiger que ces données soient établies par une preuve indépendante". Il souscrit toutefois à l'opinion de la majorité dans cette affaire, car, selon lui, on avait présenté "quelque élément de preuve admissible". Il s'agissait principalement de la déclaration que la prévenue avait faite à la police, déclaration qui avait été produite par le ministère public mais qui, bien sûr, n'avait jamais fait l'objet d'un contre-interrogatoire.

PREUVE D'EXPERT ETAYANT LA CREDIBILITE D'UN TEMOIN

Notre jurisprudence prévoit "une règle générale interdisant le recours aux témoignages justificatifs"; voir l'arrêt R. c. Béland et Phillips, (1987) 69 C.R. (3d) 1 (C.S.C.). Dans ce cas, la Cour a approuvé une décision antérieure de la Cour d'appel de l'Ontario, R. v. Kyselka, (1962) 133 C.C.C. 103. Il s'agissait du cas de trois personnes accusées d'avoir violé une déficiente mentale agée de 16 ans. Le juge du procès avait permis au ministère public d'appeler un psychiatre; selon ce témoin, la plaignante, en raison de son âge mental peu élevé, n'avait pas assez d'imagination pour inventer des allégations. Par conséquent, il était vraisemblable qu'elle dise la vérité au tribunal. La Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité et soutenu que la preuve qui avait établi la crédibilité de la plaignante était irrecevable. Dans le même sens, voir R. v. Burkart, (1965) 45 C.R. 383 (Sask. C.A.) et Clarke v. R., (1981) 63 C.C.C. (2d) 224 (Alta C.A.). Plus récemment, la Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée de façon analogue sans qu'il y ait eu besoin, apparemment, de donner des explications ou de renvoyer aux autorités; voir R. c. Taylor, (1987) 55 C.R. (3d) 321, 331. Il s'agit, en fait, d'un lieu commun. Dans Taylor, la crédibilité de la plaignante avait été mise en cause parce que celle-ci avait fait part, à d'autres personnes, de nombreux fantasmes d'ordre sexuel. Dans son témoignage, le docteur Mian, pédiatre et directeur, à l'hôpital, de l'unité de soins aux victimes de mauvais traitements d'ordre sexuel avait déclaré que

les enfants qui subissent de mauvais traitements d'ordre sexuel ont souvent beaucoup de fantasmes et qu'il est commun, pour eux, de fantasmer sur des incidents qui ont trait à la sexualité. La Cour a tranché ainsi :

> [TRADUCTION]
>
> Cette preuve était trop générale pour soutenir le témoignage de (la plaignante) (...) On n'aurait pas dû laisser le jury considérer que la preuve présentée par le docteur Mian pouvait étayer le témoignage de (la plaignante).

Dans l'affaire R. v. J. (F.E.), (19) 74 R. (3d) 269, la Cour d'appel de l'Ontario a fait de son mieux pour réconcilier deux positions concurrentes adoptées par les autorités : les causes ci-dessus qui interdisent le recours aux témoignages justificatifs et certaines décisions récentes des cours d'appel qui reçoivent la preuve d'expert dans le cas de mauvais traitements infligés à des enfants, lorsque cette preuve soutient le témoignage de l'enfant. Voir R. v. B. (G.), (1988) 65 Sask. R. 134 (C.A.), R. v. Beliveau (1986) 30 C.C.C. (3d) 193 B.C.C.A.) et R. v. Millar, (1989) 71 C.R. (3d) 78 (C.a. Ontario). Dans J. (F.E.), la fille de l'inculpé a témoigné que son père avait commis nombre d'infractions d'ordre sexuel contre elle pendant de nombreuses années. En contre-interrogatoire, elle a dû expliquer pourquoi elle avait écrit une lettre à la Société protectrice de l'enfance, peu avant l'audience préliminaire, dans laquelle elle disait avoir menti au sujet de son père. Elle a déclaré que la teneur de cette lettre était fausse. Le ministère public a appelé un psychologue qui a soutenu que la lettre était plutôt

typique des rétractations auxquelles ont communément recours les enfants qui ont subi des mauvais traitements d'ordre sexuel lorsqu'ils se rendent compte des problèmes que causent leurs déclarations. En outre, le psychologue a affirmé qu'il n'avait jamais vu de cas où les rétractations de l'enfant étaient véridiques. Selon la Cour, bien que l'opinion de l'expert ne puisse être admise pour soutenir la crédibilité du témoignage, elle pouvait être acceptée pour démontrer que certaines conditions psychologiques et physiques se retrouvent chez les victimes de mauvais traitements d'ordre sexuel et que le témoignage d'expert pouvait étayer la crédibilité de l'enfant :

[TRADUCTION]

> L'opinion d'un expert possédant les qualités requises pour connaître, du point de vue du comportement et de la psychologie, les caractéristiques générales des enfants victimes de mauvais traitements d'ordre sexuel est admissible à certaines fins. On violerait la règle interdisant le recours aux témoignages justificatifs si l'on recevait la déclaration du témoin qui exprime une opinion sur la crédibilité d'un autre témoin. Toutefois, afin d'aider le juge ou le jury à décider si, dans un cas précis, le fait qu'un enfant rétracte les allégations de mauvais traitements d'ordre sexuel devrait mettre en doute sa crédibilité, la preuve d'expert relativement aux modèles généraux de comportement des enfants, dans des circonstances analogues, pourrait être utile.

La Cour a jugé que l'on avait eu raison de permettre à l'expert de produire la preuve voulant que les rétractations étaient courantes, mais que l'expert n'aurait pas dû déclarer, dans son témoignage, qu'il n'avait jamais vu de rétractation qui soit véridique. L'expert exprimait ainsi son opinion sur la crédibilité de l'enfant, ce qui est inadmissible. La Cour a

expliqué la distinction de la manière suivante :

> [TRADUCTION]
>
> De prime abord, il peut sembler qu'il n'y a pas à distinguer entre l'admission de la preuve d'expert qui vise à soutenir la crédibilité du témoin et l'admission de cette preuve afin de démontrer que certaines conditions psychologiques et physiques se reproduisent s'il y a mauvais traitements d'ordre sexuel, preuve qui peut alors étayer le témoignage de l'enfant. Cependant, dans le premier cas, l'expert se prononce sur la véracité de la déclaration du témoin. Dans le second cas, la preuve n'est admise que pour démontrer qu'une condition se reproduit quand il y a mauvais traitements d'ordre sexuel, et que le témoignage peut étayer la déclaration du témoin. La Cour doit décider, à titre de question de fait, si les conditions psychologiques et physiques, telles qu'interprétées par l'expert, soutiennent le témoignage de l'enfant. Cette distinction est cruciale et il faut toujours l'avoir présente à l'esprit.

Dans l'affaire R. v. B.(G.), (1988), 65 Sask. R. 134, sur laquelle on s'est appuyé dans l'arrêt J. (F.E.), deux juges de la Cour d'appel ont estimé qu'il était nécessaire de se prononcer sur la façon dont le juge du procès avait disposé de la preuve d'expert en lui accordant peu de poids. Selon l'expert, on pouvait relever plusieurs caractéristiques de comportement chez les jeunes victimes d'infractions d'ordre sexuel. Ces victimes, entres autres, souffraient d'incontinence nocturne, de cauchemars et d'anxiété. Dans son témoignage, la mère de la plaignante avait déclaré que sa fille avait souffert de divers problèmes tels l'incontinence nocturne et les cauchemars, à peu près au moment où l'infraction imputée à l'accusé avait été commise.

Le juge Wakeling, de la Cour d'appel, écrivait ce qui suit, le

juge Gerwing se ralliant à son opinion :

> [TRADUCTION]
>
> On comprend que les tribunaux recherchent le plus possible l'appui de ceux qui peuvent être reconnus comme experts. Ceux-ci peuvent en effet jeter un peu de lumière sur une preuve qui serait autrement d'une valeur négligeable, et ainsi aider le juge à déterminer quels faits ont été corroborés correctement ou autrement établis ... (La preuve) aide le juge du procès à déterminer s'il y a eu agression.

A la Cour suprême du Canada, dans l'affaire G.B., A.B. et C.S. c. La Reine, le 7 juin 1990, le juge Wilson, pour un tribunal unanime, a approuvé les remarques du juge Wakeling :

> [TRADUCTION]
>
> En l'espèce, la preuve d'expert était clairement dans les limites de la preuve acceptable et admissible; lorsqu'il s'agit d'agression sexuelle contre des enfants, l'opinion d'un expert est souvent inappréciable.

En l'espèce, il s'agissait aussi de déterminer si le moment où l'agression avait eu lieu était un élément essentiel; la plaignante s'était trompée à cet égard. La Cour a jugé que ce moment n'était pas un élément essentiel; voici les commentaires et les conseils intéressants que la tribunal a communiqués au sujet du témoignage d'enfants :

> [TRADUCTION]
>
> L'appareil judiciaire devrait faire preuve de sens commun lorsqu'il a à juger le témoignage d'un jeune enfant et ne pas imposer la norme astreignante qu'il applique aux déclarations des adultes ... Bien que les enfants ne puissent peut-être pas narrer des faits précis ni indiquer avec exactitude à quel moment un incident s'est produit ni où il a eu lieu, il ne faut pas en déduire qu'ils se trompent sur la nature des faits et sur leur auteur.

Document: 860-265/005

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION
OF PROVINCIAL COURT JUDGES

Is Gender Bias Alive and Well in your Courtroom?

With the Collaboration of
the Canadian Judicial Centre

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

PLEASE NOTE

This document is made available by the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat (CICS) for education and/or information purposes only. Any misuse of its contents is prohibited, nor can it be sold or otherwise used for commercial purposes only. Reproduction of its contents for purposes other than education and/or information requires the prior authorization of the CICS.

Intergovernmental Document Centre
P.O. Box 488, Station A
Ottawa, Ontario K1N 8V5

INDEX

		Page
A.	Gender Equality	1.
B.	Wife/Partner Assault in Criminal and Custody Proceedings	7.
C.	Working Women in Custody and Support Actions	26.
D.	Sexual Assault Trials and Sentencing	49.
E.	The Credibility of Women in the Courts	66.

A. GENDER EQUALITY

	Page
Discussion Issues	2.
A Definition of Gender Equality	2.

REFERENCE MATERIALS

1.	An Historical Context for s. 15 of the Charter	3.
2.	Impact of *Andrews v. Law Society of B.C.* for s. 15	5.

GENDER EQUALITY

Discussion Issues

1. What is the significance of each of the following underlined words in s.15 of the Charter?

   equal before the law
   equal under the law
   equal protection of the law
   equal benefit of the law

2. What is the difference between a "similarly situated" (i.e. formal equality) test and an "equality of result" (i.e. substantive equality) test?

3. What meaning has the Supreme Court of Canada given to s. 15 in *Andrews v. The Law Society of B.C.?*

A Definition of Gender Equality

When actions and decisions are based upon a fair and informed assessment of the merit of each person or situation, and not based upon preconceived notions of gender roles or behaviour.

GENDER EQUALITY

1. AN HISTORICAL CONTEXT FOR S.15 OF THE CHARTER

Excerpt from Gwen Brodsky and Shelagh Day,
Canadian Charter Equality Rights for Women:
One Step Forward or Two Steps Back? *

From two key cases handed down in the 1970s, women learned too well that the equality protection in the *Canadian Bill of Rights* was also no source of support for their claims. These cases, now infamous, are *A.G. Canada v. Lavell*[19] and *Bliss v. A.G. Canada*.[20]

The first of these was a challenge by two women, Jeanette Lavell and Yvonne Bedard, to section 12(1Xb) of the *Indian Act*,[21] which provided that Indian women who married non-Indians lost their Indian status, while Indian men who married non-Indians did not lose their status and, in fact, conferred Indian status on their non-Indian wives. Because of this provision, Lavell and Bedard had both lost membership in their bands and all the ensuing rights, including the right to own property and to live on their reserves. Lavell and Bedard alleged that this amounted to discrimination because of sex and violated their right to equality before the law.

The Supreme Court of Canada ruled that section 12(1Xb) of the *Indian Act* did not infringe section 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* because "equality before the law" was a procedural guarantee only, a protection of equality in the administration of the law, and not a guarantee of equality in the substance of the law. Equality before the law was protected, but equality under the law was not, Justice Ritchie said. Apparently, as long as all Indian women were treated in the same discriminatory way, there was no violation of the *Canadian Bill of Rights*.[22,23]

The second case involved a challenge to the *Unemployment Insurance Act*.[24] Stella Bliss was denied regular unemployment insurance benefits, even though she had worked the requisite number of weeks to qualify for them, because she was pregnant. Section 46 of the *Unemployment Insurance Act* stated that a pregnant woman could not claim regular unemployment insurance benefits in the fifteen weeks immediately surrounding the birth of her child. Denied regular benefits, Bliss could not qualify for unemployment insurance pregnancy benefits either. The *Unemployment Insurance Act* required a woman to have been employed for "ten or more weeks of insurable employment in the twenty weeks that immediately precede the thirtieth week before her expected date of confinement" in order to qualify for pregnancy benefits.[25] Because she did not meet this "Magic Ten" rule, Bliss could not get benefits at all. She was refused pregnancy benefits because she did not qualify and was refused regular benefits because she was pregnant. In both ways, Bliss was discriminated against because of her sex.

The Supreme Court of Canada ruled that Stella Bliss' right to equality before the law was not violated because the qualifications for entitlement to benefits were involved, and not the imposition of a penalty.

This is also the case from which emerged the wondrous logic that discrimination on the basis of pregnancy is not discrimination on the basis of sex, since the distinction being made is not between male and female persons, but between pregnant and non-pregnant persons.[26] The Court adopted the view that because not all women become pregnant, the distinction is not one based on sex. It overlooked the fact that only women become pregnant and that laws that discriminate against those who are pregnant discriminate against women.

*(Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1989), p.14.

The judgements in these two important cases stated that the language of the equality protection in the *Canadian Bill of Rights* was simply too narrow to support the claims that women brought forward; however, other interpretations of the language were possible.[27] Section 1 b) could have been interpreted so as to be meaningful for women, but it was not. The judges denied sex equality to women, and women learned that judges could not be trusted to accord fair, large, and liberal[28] interpretations to equality language if narrower interpretations were possible. Nor could they be trusted to come to sex equality cases with open minds or understanding. It seemed evident that new language and stronger guarantees would be required to direct the judges to new interpretations.

When the text of the proposed *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was tabled in the House of Commons in 1980, women found that it repeated almost exactly the language of the *Canadian Bill of Rights*. The 1980 draft of the equality section of the Charter, section 15, read:

> 15.(1) Everyone has the right to equality before the law and to the equal protection of the law without discrimination because of race, national or ethnic origin, colour, religion, age or sex.
>
> (2) The section does not preclude any program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged persons or groups.[29]

Section 15(2) was a significant new addition because it affirmed clearly that the equality envisioned by this section would require addressing conditions of disadvantage.

But women could not be satisfied with the repetition of the *Canadian Bill of Rights* language in the opening part of the guarantee. The Supreme Court of Canada had, after all, instructed women so forcefully that this language provided equality only with respect to procedures and penalties and could not assist women where laws themselves were discriminatory, or where programs were deemed to be "beneficial". The only change in section 15(1) relative to the *Canadian Bill of Rights* language was the addition of the word "equal" before protection. This was not reassuring because it appeared to invoke another unsatisfactory body of jurisprudence for women — the American courts' interpretations of the Fourteenth Amendment to the U.S. Constitution.[30,31]

Through the next two years of constitutional conferences, committee hearings, and legal challenges, women lobbied strenuously[32] to strengthen the Charter's guarantees of equality. They drew concepts and language from the more fertile source of international and domestic human rights protections. They worked for changes to the language of section 15, insisting that equality under the law, which is what the Supreme Court said was missing in *Lavell*, and equal benefit of the law, which is what was apparently needed in *Bliss*, were included in 15(1). Women sought the inclusion of marital status, sexual orientation, and political belief in the list of named grounds of discrimination and supported open-ended protection from discrimination so that grounds other than those named could be covered. In addition, they attempted to strengthen the wording of section 15(2).[33]

The final version of section 15 reads:

> 15.(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.
>
> (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

GENDER EQUALITY
2. IMPACT OF ANDREWS vs. LAW SOCIETY OF B.C.

Excerpt from Gwen Brodsky and Shelagh Day,
Canadian Charter Equality Rights for Women:
One Step Forward or Two Steps Back? *

Introduction

The Supreme Court of Canada's decision in *Mark Andrews* (February 2, 1989) sets a new and very different direction for the interpretation of equality rights from that set by the lower courts in the first three years of equality rights litigation. It offers clear encouragement to women and other disadvantaged groups by moving towards a substantive view of equality. However, the decision is not without weaknesses. In addition to leaving many important questions unanswered, it reveals a troubling split on the Court and closes some doors hard.

This postscript briefly outlines the structure of the decision and then analyses its strengths and weaknesses from the perspective of women and other disadvantaged groups who expect the Charter to assist in the advancement of their equality.

Strengths

Disadvantage

The most important element in the *Mark Andrews* decision is its acknowledgement that disadvantage is a concept relevant to section 15. Section 15 is not simply about dissimilarity in treatment between individuals or groups. In coming to this conclusion the Court finds that not every legislative distinction between groups creates a violation of section 15. Justice McIntyre states that the distinctions forbidden by section 15 are those that involve prejudice or disadvantage[2], and Justice Wilson more boldly states that "s. 15 is designed to protect those groups who suffer social, political and legal disadvantage in our society . . ."[3]

Sameness / Difference

The Court finds that sameness and difference are not the compelling determiners of equality. Justice McIntyre says that though equality is a comparative concept "[i]t must be recognized at once, . . . that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality."[4] Justice McIntyre then articulates a broad version of the comparison to be made. He writes:

> Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.[5]

In light of this, the Court rejects the similarly situate test, which requires merely a comparison of whether individuals or groups are similarly situated in relation to the purpose of a law, finding it deficient "as a fixed rule or formula for the resolution of equality questions."[6] In the Court's view, the test is mechanical and does not allow for consideration of the content of the law at issue or its impact.

Discrimination

In defining the discrimination which is prohibited in section 15, the Court adopts a broad interpretation from Canadian human rights jurisprudence which addresses

*(Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1989), p. 205.

the effect of discriminatory acts, not merely their intent. The Court refers to its own rulings in recent human rights cases[8] and finds that unintentional and systemic discrimination are prohibited by section 15 of the Charter, as well as by human rights statutes. Laws which have an adverse impact on disadvantaged groups, even if they are neutral on their face, will violate the equality guarantee. Echoing his definition of equality, Justice McIntyre says:

> . . . discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not . . . which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on [an] . . . individual or group not imposed on others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.[8]

Reasonableness

As the Court rejects the similarly situate test, it also rejects its companion — the reasonableness test developed by the B.C. Court of Appeal in the *Mark Andrews* case. The Court finds that injecting a reasonableness test into section 15 blurs the analyses of sections 15 and 1, which must be kept distinct in order that the burden of proof can be attributed to the appropriate party. "It is for the citizen to establish that his or her Charter right has been infringed", Justice McIntyre says, "and for the state to justify the infringement."[9]

The Bill of Rights

The Court repudiates *Lavell* and *Bliss*,[10] rejecting the interpretations of equality developed under the *Canadian Bill of Rights* as insufficient for interpreting the Charter. It confirms that section 15 provides much broader protection and that new language was included in section 15 to remedy the shortcomings of the *Canadian Bill of Rights*.

Weaknesses

Disadvantage

The discussion of disadvantage is very cursory in this decision. Because disadvantage is a concept central to the development of a substantive model of equality, the thinness of the decision on this point is worrying. There is no exploration of the essence of disadvantage and little examination by the Court of the general question of how the determination is to be made that a group is disadvantaged and merits section 15 protection. Justice McIntyre quotes with approval Justice Hugessen in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. A.G. Canada*,[11] saying: "Questions of stereotyping, of historical disadvantagement, in a word, of prejudice, are the focus . . . [of section 15]." Although Justice Wilson refers to "those groups who suffer social, political and legal disadvantage",[12] she provides no criteria for identifying them.

When discussing the particular issue in this case, Justice McIntyre indicates that non-citizens come within the protection of section 15 because they are a "discrete and insular minority".[13] Justice Wilson finds that non-citizens are "a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated."[14] Justice La Forest adds that non-citizens are a group which has been discriminated against repeatedly in recent Canadian history through legislated limits on their rights to settle, own land, and be employed.

While these comments provide insight into the kinds of factors the Court considers relevant to determining who is disadvantaged, they do not form a solid analytical basis for future decision-making. There is no recognition in the judgements that the term "sex" in section 15 covers both an advantaged and a disadvantaged group, and that courts will have to distinguish between men's sex equality claims and women's sex equality claims. Moreover, the characterization of disadvantaged groups as "discrete and insular minorit[ies]" reveals an insensitivity to women's equality which is all too familiar.

B. WIFE/PARTNER ASSAULT IN CRIMINAL AND CUSTODY PROCEEDINGS

	Page
CASE #1	
Facts	8.
Discussion Issues	9.
Part A: Criminal Proceeding	
Part B: Custody Proceeding	
REFERENCE MATERIALS	
1. Fact Sheet -	10.
2. The Historical Social Context	14.
3. A Batterer's Perspective	15.
4. The Battered Woman's Syndrome	17.
5. The Cycle - Staying, Leaving and Returning	19.
6. Why Men Assault Their Partners	21.
7. Case References	24.

WIFE/PARTNER ASSAULT
IN CRIMINAL AND CUSTODY PROCEEDINGS

CASE #1

FACTS

In this case, the husband is a middle-aged, middle-income business executive and the wife is a middle-aged homemaker. They have been married for 12 years and have a boy 8 and a girl 6. The husband, who has been under a lot of stress at the office, came home late one night. Although his family is usually home in the evenings, they weren't on this particular occasion.

At 9:30 p.m. when his wife and children came home, there was an argument in the kitchen. The husband was upset that his wife wasn't home earlier with the children. He had had four beers over the preceding three hours. The children were sent upstairs where they heard what followed. The argument was heated. The husband grabbed a steak knife out of the kitchen drawer and held it in a threatening manner. He slapped his wife's face and grabbed her in a stranglehold and held the knife to her side. The wife struck at him to get away and she threatened to call the police if he didn't stop. He then said he would kill her.

The doorbell rang, the wife screamed and he released her. She opened the door and ran past a pizza deliverer, who was bringing her husband's supper. She did not tell the deliverer what had happened and went to her sister's home for the night. The next day, the wife called the police because she was afraid her husband might kill her. The husband was charged with assault with a weapon, contrary to s. 267(1)(a) C.C.C.

At trial, the accused testified that there was an argument, but that he had never used the knife in a threatening manner, and never threatened to kill her. He admitted that he had a knife in his hand, but that it was only in preparation for the pizza. The learned trial judge believed the wife's version of the assault. The wife had only minor bruises as a result of the assault and did not seek medical attention. She also testified that there have been other assaults in the past, but that this was the worst.

A conviction was registered and a sentence hearing is now underway. The maximum penalty for this offence is 10 years. This is the accused's first criminal conviction.

SEE VIDEO
VIGNETTE
OF CASE #1

DISCUSSION ISSUES
CASE #1

PART A:
Criminal Proceeding

1. Which of these sentencing positions do you prefer? Why? What sentence would you impose? Why?

2. If this type of an assault occurred between strangers, what period of incarceration would you consider? Is a wife/partner assault, more or less serious than an identical assault between strangers? Should wife/partner assault sentences be higher, lower or the same as assaults between strangers? Can they be compared in terms of equal protection and benefit of the law for women?

3. Would your sentence be different if the couple had not reconciled? Should the sentence be less because of the victim's decision to give him another chance? Does the wife's return tend to make you feel "well, it must be safe" or do you feel "there's an ongoing serious danger here"? If the couple remained separated, would you tend to feel the danger is over or the risk is ongoing?

4. If the couple in this example were recent immigrants to Canada from a country where wife assault is not a crime, would your sentence be any different?

PART B:
Custody Proceeding

5. Assume for the next part of the discussion that the couple remained separated and that a custody action ensued. What is the impact of family violence on the best interests of the children and the parenting abilities of the man and woman? How consistent is the image of a "good father" with a "man who batters"? What is the effect of this role model on the children?

WIFE/PARTNER ASSAULT
1. FACT SHEET *

Incidence

- At least 1 in every 10 women in Canada is battered by her male partner.[1]
- In two Canadian cities, women were the victims in 95% of domestic violence calls to the police.[2]
- Domestic dispute calls are second only to motor vehicle accidents as the most common request for police service.[3]
- Women are 7 times more likely to be assaulted in their intimate relations than by strangers. This includes legal and common law marriages, and dating relationships, although it occurs most frequently among married couples.[4]
- Victims of wife assault are rich/poor, urban/rural, educated/uneducated, homemakers/career women and from all cultural backgrounds. Violence in upper classes is more hidden from public scrutiny because these women have more resources and options.[1 and 4]
- A 1987 study found that 46% of separated and divorced women are abused by their former spouses.[5]
- Abused wives who consult conciliatory oriented lawyers suffer more serious forms of abuse after separation than those who consult adversarially oriented lawyers.[6]
- Victims of wife/partner assault are assaulted an average of 35 times before the police are called to assist.[7]
- Experts in this field indicate that without direct intervention, these assaults usually become more severe over time.[4]

Impact on Women

- 20% of Canadian homicides are family violence murders.[8]
- 52% of all female homicide victims in Canada are killed by their male partners.[8]
- In one study, all Ontario female offenders in husband-wife homicides had previously been assaulted by their spouses.[9]
- 20% of all visits to emergency medical services by women were the result of wife assault, although only 1 in 35 women was recognized as a victim of wife assault.[10]
- In a Canadian study, 83% of 225 suicide attempts by women were made by women who had been battered by their partner.[11]

---

* Prepared by Donna Hackett, B.A., LL.B., March, 1990

- The risk of alcoholism and the risk of drug use are 15 times and 9 times higher for battered women than non-battered women.[11.]

- Battered women report a significantly higher level of anxiety and depression and somatic complaints. This can lead to drug dependency from tranquilizers and sleeping pills.[4.]

Impact on Children

- Where there are children living in the home, 80% of the children are present during wife assaults.[12.]

- Children exposed to wife battering have a comparable level of adjustment problems to children who are physically abused themselves.[13.]

- Serious behaviour problems are 17 times higher for boys and 10 times higher for girls who have observed battering.[14.]

- Sons of batterers are 10 times more likely to beat their wives.[15.]

- 36% of wife abusers also abuse children living in the home.[12.]

- In one Canadian city, over 50% of the young offenders had been exposed to wife/partner assault in their families.[13. and 16.]

Police Intervention

- When the police lay charges or arrest husbands, new incidents of violence are reduced to half. Victims are <u>twice</u> as likely to follow through with the charge when the police lay it as opposed to their own private information.[17.]

- In one Canadian jurisdiction, the number of complaints received before and after the police were directed to lay charges in cases of domestic violence was the same <u>but</u> the number of charges increased <u>25 times</u>.[17.]

- Victims were asked to classify the degree of violence in the 12 months prior to and 12 months after police began to lay charges in 1983. There was a very significant overall reduction in the degree of violence after police intervention which was greater if the police swore the information instead of the victim.[17.]

eg.	threats of violence	-	reduced from 80% to 50%
	threw something	-	reduced from 55% to 15%
	slapped	-	reduced from 70% to 30%
	beat up	-	reduced from 63% to 25%
	threatened with weapon	-	reduced from 25% to 10%

In many jurisdictions, there are still no effective directives to the police to lay charges in these cases. A recent study in New Brunswick found that while some police chiefs encourage the laying of charges where there are reasonable and probable grounds, others still feel the police should not be involved in these cases.[18.]

Contributing Factors

- The cause of wife/partner assault is rooted in a socialization process which emphasizes traditional roles for men and women and creates a predisposition in some men to control and dominate their female partners.[4. and 19.]

- Although alcohol is involved in the majority of these incidents, it is not the cause. Most victims report that their husbands also assault them when they are sober.

- Stress is also often blamed as the cause; however, most men who assault their wives/partners confine their violence to the privacy of their own home, and do not attack their bosses, for example.[4. and 25.]

- One study of 9 batterers found that they had a total of 21 relationships with women between them and only 3 of these relationships were non-violent.

- 77% of assaulted women who were surveyed reported that physical assaults were usually not preceeded by verbal arguments.[20.]

- 75% of men who abuse their wives observed violence between their parents when they were children. It is a learned behaviour.

Treatment

- The courts can motivate men to accept responsibility for their violence and become involved in counselling programs even when they deny that they have a problem. Mandatory treatment requiring a commitment to counselling for at least six months and preferably a year is most effective.[22. and 23.]

- 75-100% of men ceased to be violent while participating in male batterer treatment programs and 60% continued to be non-violent 4 months after the treatment ended.[23.]

REFERENCES

1. L. MacLeod. *Battered But Not Beaten... Preventing Wife Battering in Canada.* (Ottawa: The Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1987), p.1.

   House of Commons. Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs, *Report on violence in the family: Wife Battering* (Ottawa: Queen's Printer, May 1982).

2. J. Byles, "Family Violence - Some Facts and Gaps: A Statistical Overview," (Toronto: Ontario Institute for Studies in Education, 1977), a study in Hamilton, Ontario.

   T. Fleming, "Violent Domestic Assault," (University of Toronto Centre of Criminology M. A. Thesis, 1975), a study in Durham Region, Ontario.

3. P. Jaffe, J. Thompson, M. Paquin, "Immediate Family Crisis Intervention as Preventative Mental Health: The Family Consultant Service". *Professional Psychology,* November, 1978, p. 551-560.

4. D. Sinclair, *Understanding Wife Assault - A Training Manual for Counsellors and Advocates,* (Toronto: Ontario Government Bookstore Publication Services, 1985) p. 19-22 and 122 and Dr. Peter Jaffe in Speech to Judges at Annual Conference at Provincial Court Family District, Ontario, May, 1986.

5. M. Smith, "The Incidence and Prevalence of Woman Abuse in Toronto", (LaMarsh Research Programme on Violence and Conflict Resolution, York University, 1987).

6. D. Ellis and L. Wight, "Wife Abuse Among Separated Women: The Impact of Lawyering Styles," Unpublished, York University of 1986, p.9.

7. P. Jaffe, C. Burris, "An Integrated Response to Wife Assault: A Community Model," (Ottawa: Solicitor General, 1984 National Victims Resource Centre Reference # 1984-27).

8. Statistics Canada, Justice Statistics Division, *Homicide in Canada: A Statistical Synopsis*, (Ottawa: Supply and Services Canada, (1982).

9. P. Chimbos, "Marital Violence A Study of Husband - Wife Homicide," *The Canadian Family*, (Toronto: Holt, Rinehart and Winston, 1976) p.580-99.

10. E. Stark and A. Filitcraft, "Medical Therapy as Repression: The Case of the Battered Woman," *Health and Medicine*, Summer/Fall, 1982.

11. P. Jaffe, D. Wolfe et al., "Emotional and Physical Health Problems of Battered Women", *Canadian Journal of Psychiatry*, 31,(10, 1986), p.625.

12. *Report of Metro Toronto Advisory Committee on Spousal Abuse*, Unpublished report, 1987, at p.12.

13. D. A. Wolfe, Peter Jaffe et al., "Children of Battered Women: The Relationship Between Child Behaviour, Family Violence and Maternal Stress", *Journal of Clinical and Consulting Psychology*, (1987).

14. P. Jaffe, D. Wolfe et al., "Similarities in Behaviourial and Social Maladjustment Among Child Victims and Witnesses to Family Violence", *American Journal of Orthopsychiatry*, 56-1, (1986).

15. M. A. Straus, R. J. Gelles and S. K. Steinmetz, *Behind Closed Doors: Violence in the American Family*, (N.Y.: Anchor, 1981).

16. Also see M. Rutter, "Protective Factors in Children's Response to Stress and Disadvantage", in M. W. Kent & J. E. Rolf (Eds.), *Primary Prevention of Psychopathology: Social Competence in Children*, (Hanover: New England, 1979).

17. Jaffe, P., Burris C., "Wife Abuse as a Crime: The Impact of Police Laying Charges", *Canadian Journal of Criminology*, 25-3, (1983) p. 309-318.

Also see I. Sherman, R. Berk, "The Minneapolis Domestic Violence Experiment," *Police Foundation Reports*, 1, (1984).

18. B. Landry, *Report on Male Violence in Relationships and the Justice System*, (The New Brunswick Advisory Council on the Status of Women, 1989), p. 13-14.

19. A. Ganley, L. Harris, "Domestic Violence: Issues in Designing and Implementing Programs for Male Batterers", presented at American Psychological Association, August 29, 1978.

20. J. Grayford, "Wife Battering: A Preliminary Survey of 100 Cases", *British Medical Journal* 1 (5951, 1975), p. 194-97.

21. A. Rosenbaum, K. D. O'Leary, "Children: The Unintended Victims of Marital Violence." *American Journal of Orthopsychiatry*, 51, (1981), p. 692-699.

M. Roy, *The Abusing Partner: An Analysis of Domestic Batterings*, (New York: Van Nostrand Reinhold, 1980).

22. A. L. Ganley, L. Harris, "Domestic Violence: Issues in Designing and Implementing Programs for Male Batterers", Presented to the American Psychological Association in 1978.

23. J. Browning, "Stopping Violence: Canadian Programmes for Assaultive Men" (Ottawa: National Cleaninghouse on Family Violence, Health and Welfare Canada, 1984).

24. F. Purdy, N. Nickle, "Practice Principles for Working With Groups of Men Who Batter", *Social Work With Groups*, Vol. 4(3/4), Fall/Winter (1981), p. 112.

WIFE/PARTNER ASSAULT
2. THE HISTORICAL SOCIAL CONTEXT*

All the great religious works -- the Old and New Testaments, the Koran and the Talmud -- give men permission to control women. As secular laws developed, they incorporated the religious views that men were superior to women. A husband's right to physically control and punish his wife was a socially acceptable extension of his legal control over her. Women were originally considered property of their husband.

You have heard of the expression "rule of thumb." Its origin was the English common law tradition, summarized by William Blackstone in 1767, as the ancient right that permits a husband "to chastise his wife with a whip or rattan (stick) no bigger than his thumb." Blackstone stressed the need to confine the violence to within "reasonable grounds." So the "rule of thumb" was a way of regulating the husband's right to chastise his wife.

In 1871, Alabama and Massachusetts repudiated the tradition of legal wife beating. In spelling out what actions by husbands were no longer allowed, the legal language exposed what had been the fate of wives under American and British law:

> "And the privilege, ancient though it be, to beat her with a stick, to pull her hair, choke her, spit in her face, or kick her about the floor, or to inflict upon like indignities, is not now acknowledged by our law."

From 1901 to 1965, there was a special offence for beating wives or women in the Canadian Criminal Code, which in effect was another Rule of Thumb kind of law. (Ed. Note: A man could go to jail for two years and be whipped for beating his wife if he caused the woman "actual bodily harm." The penalty for causing bodily harm generally was a maximum of three years. It was not until 1949, that the case *R. v. Hoy* determined that a wife assault could also be laid under this general section with the higher penalty.)

The *Divorce Act* of 1968 stated that cruelty had to "render intolerable the continued co-habitation of the spouses" and the violence could not be condoned by the women petitioning for divorce. Most wives who petitioned on the basis of physical cruelty listed repeated acts of cruelty that took place over a long period of time while they were co-habitating with their husbands. Many judges found this alone amounted to "condonation" and so turned down the petition.

In one case, *Mayberry vs Mayberry*, the husband had been convicted of assault causing bodily harm on his wife, who had then required extensive hospitalization. Further acts of violence by the husband were cited and accepted in evidence. Nevertheless, the judge stated that the cruelty was not of a kind so as to render intolerable the continued co-habitation of spouses but rather a sort of "tit for tat irritation inflicted on each spouse by the other."

(Ed. Note: The problem of the practical non-criminalization of wife/partner assault resulted in the Solicitor General of Canada writing to the Executive of the Canadian Association of Chiefs of Police in 1982 to request their support and co-operation in encouraging the laying of charges. Until 1983, it was not an offence in Canada for a man to rape or sexually assault his wife.)

---

* Adapted portions of a speech written by Shirley Endicott Small for Education Wife Assault, as reproduced in Understanding Wife Assault - A Training Manual for Counsellors and Advocates, D. Sinclair M.S.W., C.S.W., Ontario Government Bookstore Publications Service, Toronto, 1985 at p. 172.

WIFE/PARTNER ASSAULT
3. A BATTERER'S PERSPECTIVE

My name is Mike, I'm an alcoholic and a wifebeater. The reason I say I *am* rather than I *was* is that I have to consciously watch myself or I'll be doing them again.

I want to give you some insight into the emotional turmoil I went through as a batterer, but I want to remind you that things were a lot worse for my wife. She was beaten.

Many people seem to have a lot of ideas about the relationship between alcoholism and battering. I'd like to state categorically that my alcoholism did *not* cause me to beat my wife.

If I try to deal only with the problem of my alcoholism, there is a very real danger, and this has happened to me, of using my anger and the threat of violence to control the behaviour of others so that I won't feel so much of an urge to drink. Both my alcoholism and my violence were associated with problems in my personality and my feelings about myself.

One problem that contributed significantly to my battering was low self-esteem. I felt generally inadequate in dealing with life, I felt guilty about the manifestations of my inadequacy, I felt frustrated and ashamed because of that guilt.

Beating my wife served two functions in controlling those feelings. First through violence and the threat of violence I could control her behaviour so that she wouldn't do or say anything that might serve to remind me that I just might have a few problems. Secondly, I could release my overpowering feelings of anger, shame, guilt and inadequacy by beating her. By connecting this with a real or imagined fault of hers I could avoid acknowledging the fact that the reason I felt so bad was that I just wasn't doing very well. In this way, I could control, not my feelings themselves, but my perceptions of those feelings.

Needless to say, this was all pretty hard for my wife to understand.

Hers was the intimacy I most needed in order to alleviate my loneliness. At the same time since she *was* the person I needed most, my fears were greatest with her, because I really feared that she would reject me should she discover who I really was.

The other side of the coin had to do with our culturally determined sex roles and again with my fear of intimacy. Men are supposed to be strong, brave, independent and self-sufficient. I was and had always been, absolutely dependent on women. I went to women for my validation as a man and for recognition of my personal value.

This excessive dependence also caused me a lot of fear, both because I was afraid my needs wouldn't be met and because I was afraid that through disclosing my needs, I might disclose the self I was so ashamed of. In my usual manner of dealing with negative emotion, I immediately transformed these fears into anger.

Most of the women with whom I've been involved became pretty confused and angry about all this in pretty short order and broke off with me. My wife, however, stayed with me for over two years, and the problem kept getting worse and worse.

She thought that by being whatever I wanted her to be, she would please me, which she did, but her success at it also frightened me terribly. Again, the fear caused resentment, the resentment became anger, and she wound up being beaten for doing exactly what I wanted her to do.

After more than two years of experiencing this constant vacillation, and after receiving numerous beatings which she was absolutely unable to understand or prevent, my wife divorced me in 1976. A few months later I took up with another woman, and after a few months and many verbal battles, I began beating her. We broke up a few months later.

I've changed a great deal in the past couple of years, and I feel that I now have the necessary tools and attitudes to deal effectively with my frustrations, so that I won't take them out on those I love.

I would like to caution you about one common mistake people make in dealing with batterers. It's a mistake battered women make, and a mistake that professionals make. EVERY TIME I BEAT MY WIFE I FELT REMORSE. Each time the remorse was worse than before. Each time I honestly promised not to do it again. But, I did.

Don't make the mistake of thinking that the remorse represents a solution to the problem. The more remorse I felt the less self-esteem I had, and the more angry and violent I became. My answer came not through remorse and guilt, but through the process of spiritual, emotional and intellectual growth. If that growth ever stops, I'll be back in the same mess as before.

Michael Wicks
Condensed and Reprinted from the Provincial Association of
Transition Houses, Saskatchewan (1978)

WIFE/PARTNER ASSAULT
4. THE BATTERED WOMAN'S SYNDROME*

Fear:

Fear is the most predominant feeling that surfaces when working with an assault victim. It rules her actions and colours her every waking moment. It even intrudes her sleep patterns, causing insomnia and recurrent nightmares and may lead to dependence on sleeping pills, tranquilizers. Her partner is likely to have threatened her with bodily harm or death if she attempts to break the silence or worse, if she considers leaving him. It is not uncommon to hear "I'll not only kill you but I'll destroy anyone who helps you get away from me. I'll kill you, the children and then I'll take my own life."

Denial/ Minimization:

Many women are immobilized by their terror. It is often the underlying reason why they remain where they are. To deal with the ever-present fear, many deny the horror of the violence and threats and minimize their need for safety. Most assaulted women, tend to minimize the extent and severity of the abuse.

Isolation/ Dependence:

The assaulted woman has little access to a personal support network. Her fears for the safety of her loved ones keep her quiet. Her shame and embarrassment over the beatings keep her at arm's length from others. Even if she attempts to reach out, her partner often sabotages her efforts by controlling her activities and limiting any contacts outside of the marriage. He may deliberately alienate her family and friends by rude and obnoxious behaviour. Her social isolation limits her opportunities for realistic feedback that might modify her perceptions of her situation. Her loneliness then serves to increase her dependence on her partner, the very person who promotes the isolation. The cycle is complete.

Helplessness:

The assaulted woman is often in a state of "learned helplessness". This means her attempts to control, escape or avoid the violence have been unsuccessful. It brings about a sense of powerlessness that leads to a belief that nothing she does will change her situation. Numerous psychological experiments on various animals have been tested to illustrate this phenomenon. For example, Seligman and his colleagues placed dogs in cages and applied shocks at unpredictable intervals. They lost their spirit and showed visible signs of apathy and listlessness. Even when the cage door was opened, they did not escape. To counter the effects of the experiment, repeated efforts of dragging the dogs out of the cage were necessary before the dogs learned they could master their situation again. Assaulted women describe a similar experience.

Internalized Blame:

Like many of us, she believes the myths about violence in the home. She grows up believing it is her responsibility to make the marriage work; if her husband mistreats her, then it must he her that is doing something wrong. She spends much of her time and energy and

---

* Reproduced and condensed from Understanding Wife Assault-A Training Manual for Counsellors and Advocates, D. Sinclair M.S.W., C.S.W., Ontario Government Bookstore Publications Services, Toronto, 1985 at p30-35.

energy planning her life and her conversations so she does not upset her husband. This existence is often described as "walking on egg shells."

Hope: The violent partner is not violent all the time. There may be long periods when she feels he is a kind and loving husband. This is the crux of her ambivalence. She wants the violence to end, but not the marriage. She hopes he will change. She wants to believe his promises.

Limited Options: Separation from her spouse may bring radical changes in her lifestyle. If she has been at home full-time raising her children, she may have to give this up, find a job and turn her kids over to a day-care centre, or she may be forced onto public assistance. For a middle or upper class woman, the drop in standard of living may be dramatic. She may face the harshest adjustments in the event of separation because of

- little access to jobs with decent wages,
- few retraining programs for women forced into the workforce,
- a lack of affordable, accessible quality day-care,
- day-care subsidies that are insufficient to meet the demand,
- few specialized support services.

Low Self-Esteem: The abused woman may already see herself as inferior and when she is first assaulted this may act to confirm her suspicion that "something is wrong with me." The woman who has little support in challenging the traditional female role is most vulnerable to remaining in an abusive relationship. The greater her internalization of her oppression, the longer it will take her to overcome her victimization.

The woman's sense of worthiness, self-confidence and belief in her abilities have all been damaged. Most humiliating for her is that she has been beaten by the person she chose to be her husband, the person who was supposed to love, honour and cherish her.
The more severe the abuse is and the longer is has gone on, the poorer self-image she will have. She begins to believe the names he calls her.

Conclusion: Too often we blame the victim by focusing on questions such as "Why does she stay?", again implying there is something wrong with her. We need to view her in a more positive light. It is more helpful to think of her as a courageous woman who survives despite the many obstacles placed in her way. In other words, we should be asking, "Where does she find the strength to leave a violent relationship in the face of such odds?"

Editorial Note: The cycle of violence can *usually* be divided into three stages, (1) Tension Building; (2) Explosive; and (3) Honeymoon Period of Remorse and Affection. The honeymoon phase increases hope, discourages reporting the violence, and virtually "traps" the woman into a vicious cycle that begins again at stage 1.

WIFE/PARTNER ASSAULT
5. THE CYCLE
STAYING, LEAVING, AND RETURNING*

If things are so bad, then why does the woman not leave? Certainly, a few women never leave the house even for several hours, but most women have at some time left, sometimes with every intention of returning and sometimes intending to make a permanent break. The pattern of staying, leaving, and returning reflect the complex pushes and pulls of the numerous personal social, and material factors that motivate the battered woman. The pattern of leaving and returning and the reasons for doing so change over time as the woman's perceptions of her position change and as the couple's relationship deteriorates.

The woman initially believes that the violence will not continue and that her husband will reform. At this point she may go to her parents' house for a few hours or a few days in order to emphasize her objections to such treatment and to try to hasten what she believes will be the process of reform by letting her husband see what it would be like without her presence, her affection, her domestic work, and, in many cases, her financial support or contributions. At this very early stage the sequence of events is almost always the same: the woman's husband goes after her, apologizes for hitting her, acknowledges the error of his ways, promises that it will never happen again, reaffirms his affection for her, and pleads with her to come home. *Why did you go back?*

> "Oh, because he gave me so many promises that it was unbelievable."

> "Well, he kept coming up to my mother's and at first I thought maybe it taught him a lesson."

> "I wanted to try and make a go of it and find the things that were going wrong. It might have been just a period he was going through you know. I mean you can't just walk out at the first thing. For all I knew it might have been something out of the blue that happened and whether it was going to go on again or not. I tried to make it work, but it didn't."

> "Angus contacted me and he said he wanted me go back, he would never lift his hands again, it wouldn't happen again. So I went back. I was only back for about a fortnight when the same thing occurred again. So I left again."

This pattern may be repeated several times before the woman gives up her belief in his promises of reform.

> "The last time he begged and pleaded with me to go back home and he said he loved me and he didn't want me to get a divorce and all this. And even if I did divorce him he'd still come up and see me and all this, you know, and he'd want me to marry him again and all this. So I went back to him, but I wasn't sure myself..." I mean, I told him before I went back that I wasn't sure of my feelings."

---

*Excerpts from "Staying, Leaving and Returning" in Violence Against Wives, Emerson, Dobash, Russell, The Free Press, MacMillan Publishing, New York, 1979 at p.144-160.

Later, the woman may leave for a temporary respite from the beatings and go back home without any hope of change. She returns because she believes that it is right to keep the marriage together and because others encourage her to keep it together. Often, however, she returns because she has no alternatives that would allow her to leave permanently and set up a new life. When women were asked to evaluate their marriages apart from the violence, their ambivalence was evident.

> "Well, I've always had strong feelings for him and I know that he has for me ... I'm willing to make another go of it but for the last time."
>
> "They used to tell me to get rid of him, but when you feel something for somebody it's difficult."
>
> "As far as he was concerned I was perfect and if anybody said wrong things about me, you know, he would argue black and white that I was perfect. That's why it took so long to demolish all the feelings I had."
>
> "When I saw him, I used to start feeling sorry for him and I went back to him. I used to be that determined that I wasn't going back and he'd talk me into it."
>
> *Why do you think you stayed with him as long as you did?*
>
> "Fear, I think. Fear of going, fear of staying."

In order for a woman to leave her husband permanently she must overcome not only personal fears, the loss of status, and ambivalent feelings about her husband but also the deeply ingrained ideas that marriages should be held together at almost any cost, that the split up of a marriage is mostly the fault of the woman, and that a broken home is worse for children than a whole, though violent, one. These cultural notions are urged upon her by friends, relatives, and representatives of social agencies.

For many women the first financial hurdle is getting enough money to get out of the house. In most cases, she must soon return home because she can afford to do nothing else.

> "Sometimes he just threw me out and I had to walk the streets until it was morning and he went out. My friend loaned me the money for bus fares to get away, but I didn't know where I could go."
>
> "I had to go back, I mean, where can you stay with three children?"
>
> "You can't get a house of your own. The only way that any battered wife, or a person in my position, could help themselves is if they had money. "

...We have spoken to hundreds of battered women from Britain, the Continent and North America and we can say unequivocally that <u>not one</u> of them liked being beaten or found it exciting. None of their actions were aimed at eliciting a violent response.

WIFE/PARTNER ASSAULT
6. WHY MEN ASSAULT THEIR PARTNERS*

A. Societal Factors

Imbedded within our society are a number of attitudes and values held by men towards women which condone the use of violence in marriage. For example the demonstration of anger and aggressiveness in men is highly encouraged, both in the world of sports and as a method of solving problems. This manner of solving conflict has also been supported in family life. The use of violence by a husband against his wife has long been considered a legitimate form of behaviour as shown, historically, by the lack of measures to deter or stop such behaviour (e.g., police or court intervention or an effective community response). It is important to consider, that the target for these outbursts is frequently only his wife. This being the case, the reason a man's partner is the target is that this kind of behaviour towards her is more tolerated** on a social level than similar behaviour to a supervisor, colleague or stranger. Battering is also a learned behaviour. Male children who observe battering are far more likely to batter their partners when they grow up.

B. Psychological Factors

1. Blame/Minimization and Denial

Most of the men I have come into contact with see the causes of their violence as located outside of themselves. They do not believe that they have a problem.

> "The only reason I hit her was because she was arguing with me and wouldn't listen to me."
>
> "I told her to be home by 6 o'clock. If she had been home on time, I wouldn't have struck her."
>
> "I had been drinking that night I guess I had too much."

In addition, there is a tendency to minimize and/or deny the frequency and severity of the violence.

> "I'm not like those other guys who really beat up their wife. I just shoved her a couple of times."
>
> "I've only slapped her twice in the past year."

In the first example above the man failed to mention that when he shoved her, her head went back and struck a wall, giving her a mild concussion. In the second example, besides the slapping on numerous occasions, the woman was punched in the face on one occasion and required medical attention for a few days in a hospital.

---

* Adapted, condensed and reproduced from David Currie "Group Models for Men Who Assault Their Partners", D. [illegible], in Understanding Wife Assault - A Training Manual for Counsellors and Advocates, (1985) Government Bookstore Publications Services, Toronto, at p. 120-124 and 36-41.

** An experiment by Shotland and Shaw, tested bystanders' reactions to a man attacking a woman. Observers were much more reluctant to intervene when they believed the couple married than when they thought they were strangers.

2. Dependency

Many of the men I come into contact with exhibit excessive dependency needs in their primary relationships. This is demonstrated by frequently being preoccupied with their partners' whereabouts and activities. There is a heightened sensitivity to loss and separation; the man's coping abilities become severely strained if his wife leaves the home.

> "She left three days ago. I can't stop thinking about her. I've been driving around for hours looking for her. What's the use in going on without her. I've stopped eating, I can't sleep and I can't go to work."

The inability to separate themselves from their partner psychologically is understood on a developmental framework of an inability to differentiate themselves from their partner. This results in excessive jealousies and possessive, controlling behaviour.

3. Traditional Roles:

The majority of men I have worked with adhere to traditional views regarding male and female role behaviours. They grow up believing they should be the "head of the household", that his word is the most important and he is the ultimate authority. They learn early on that to show emotion is a weakness. Men are supposed to be strong, in control, aggressive and successful. To be in control means to control his wife and to totally dominate her life. Some men with poor impulse control are so detached from their feelings they are oblivious to their mounting rage. Suddenly they explode! The triggering event seems trivial in light of their reaction. When later analyzing the events leading up to the violent outburst, they state they felt out of control. The violence was an attempt to ward off their increasing anxiety and to regain control of the situation. Some men have the opposite of poor impulse control. They are excessively rigid in their control and know exactly what they are doing. They plan their attacks. They decide in advance where to strike the victim and how much force to apply to accomplish their goal. The goal, of course, is to induce fear in order to control her behaviour. These men are particularly dangerous and their partners are often forced to go into hiding if they want to leave them. Such rigid adherence to role behaviours creates stress and emotional isolation.

> "I provide well financially for my wife and kids but I'd like to have a best friend and I don't feel like I do. I don't know how to talk about what I feel."

He may appear to have many friends, but the friendships are of a superficial nature. He is often seen as a nice guy, but he keeps people at arms' length. The only person who really knows him is his wife. This often accounts for people's disbelief when they hear of his violence.

4. Low Self-Esteem

The men I have worked with have thought and felt a lot of things (e.g., fear, confusion, panic, depression, anger), but have rarely felt good about striking their partners. Although these men often present themselves as angry and blaming towards their partners, underneath this "external presentation" they felt guilty, remorseful, inadequate and out of control. Continual instances of violence toward their partner only serve to erode further an already negative self-image. These men may often feel desperate but would rarely say so, for to admit this would be to move outside the realm of accepted male behaviours.

WIFE/PARTNER ASSAULT
7. CASE REFERENCES

The following cases represent only a few examples of cases which can be usefully applied to wife/partner assaults and illustrate some of the points raised in CASE #1.

1. Similar Facts • Systemic Repetitive Assaults • Admissibility

L.E.D. v. Her Majesty the Queen, Unreported, August 10, 1989, (S.C.C.).

On charges of sexual assaulting a daughter, evidence of earlier similar assaults were ruled properly admitted at trial, on the basis of similar fact evidence to show a system or pattern of abuse. A second group of earlier assaults was ruled inadmissible.

2. Witness Recanting • Expert Evidence

R. v. Jokas, Unreported, January 16, 1990, (O.C.A.) .

In this case the major issue related to the admissibility of expert evidence called in reply by the Crown to explain a prior inconsistent statement which had been introduced by the defence, wherein the victim said she had lied. While there was no appellate authority on point in Canada, the Court of Appeal upheld the trial judge's admission of the expert evidence and referred to other trial courts where this has been done in cases of wife assaults and to American authorities.

3. Repetitive Prior Assaults • Relevance on Sentencing

R. v. Roud and Roud (1981), 58 C.C.C. (2d) 226 (O.C.A.) (leave to S.C.C. refused.)

The court admitted evidence of other acts of violence directed at the victim and his brother in which no charges had been laid, on the basis that it showed the accused's character and background and was therefore relevant on sentencing.

4. Good Character in Community • Character in Relationships • Sentencing

R. v. Hammond, Unreported summary conviction appeal #307/89, March 21, 1990, (Ont. Dist. Ct.).

On a serious common assault, the accused, a first offender, with a good character in the community as a student and national basketball star, was sentenced to seven days. On appeal, the sentence was upheld and the Court remarked that while he had good character in sports and at school, he did not have a good character in his emotional relationships.

5. Wife Assault • Reconciliation • Victim Requesting No Jail • Expert Evidence • General Deterrence • Sentencing

R. v. Muniapen, Unreported, January 14, 1987, (Ont. Dist. Ct.).

Despite the interests of the accused and wife, the assault was very serious and public abhorrence, public protection, and individual deterrence had to be emphasized by imposing a substantial jail term.

6. Murder • Self-Defence • Expert Evidence • Battered Women's Syndrome

R. v. Lavallee, Unreported, May 3, 1990, (S.C.C.).

Expert evidence about the Battered Woman's Syndrome was held to be not only relevant but necessary in order to understand the actions and state of mind of the accused who had been battered by her deceased common law partner.

C. WOMEN AND EMPLOYMENT IN CUSTODY AND SUPPORT ACTIONS

Page

CASE #2

Facts 27.

Discussion Issues

Part A: Custody Issues 28.

Part B: Support Issues 29.

REFERENCE MATERIAL

1. Fact Sheet 30.
2. Primary Caregiving 33.
3. The Historical Social Context of Support 38.
4. The Valuation of Homemaking Services 43.
5. Case References 47.

WOMEN AND EMPLOYMENT IN CUSTODY AND SUPPORT ACTIONS

CASE #2

FACTS

The couple in this case were married in 1980, and lived in a mobile home on a farm near the husband's parents' house. The husband farmed with his father. The wife was a secretary. In 1984, they adopted a new born child and the wife ceased working to look after the child. Four years later, differences arose and the wife and child left the farm and moved to an apartment near her parents in the city. A divorce action was commenced by the wife. The only issue at trial was the custody of the then four year old child. Between the separation and trial, the wife obtained work as a secretary and the husband continued to farm. The child has been placed in a child-care facility during the day while the mother works. The parents agreed that the mother would have interim custody and that the father would have weekend access every other Friday until Tuesday morning. The father intends to remarry and remain on the family farm. The mother intends to buy a modest home with the money from the division of assets and continue working. At trial, the judge found both parents to be equally capable of providing for the material, emotional and spiritual upbringing of the child. He stated that there was nothing in the marriage or circumstances which would lead to a preference for one parent's ability over the other. In awarding custody to the father, the trial judge decided that the father would be better able to care for the child because his time on the farm was more flexible and he could therefore spend more time with the child on a daily basis until she was in school full-time. Liberal access was granted to the mother. This decision is now under appeal and the custody order has been stayed pending the outcome.

SEE VIDEO
VIGNETTE
OF CASE #2

DISCUSSION ISSUES

CASE #2

PART A:
Custody Issues

1. Which judgement do you prefer and why? What assumptions are being made about gender roles? What value should be placed on the primary caregiver's experience and the primary caregiver-child relationship?

2. If the judge had children who had successfully been in daycare, could that influence the decision? If a judge hearing a case was a primary caregiver, could that influence his or her valuation of the primary caregiving role? If a judge was never a primary caregiver and/or never had children in daycare, could that influence the decision?

3. If the father was remarried at the time of the custody appeal and his new wife could care for the child full-time, how would that influence your decision in this case? What does this say about the role of the primary caregiver and the ability of someone else to readily assume this role? What impact does this have on women who choose to work in the home?

4. What are the implications for society, primary caregivers and children if the role of primary caregivers is not valued adequately?

5. In Canadian families where both parents work outside of the home, is the concept of an equal partnership where child-care and household responsibilities are shared equally, generally a reality or a myth? What are the implications for both parents' present and future economic earning potentials?

PART B:
Support Issues

The following questions do not relate to the facts in Case #2.

6. Consider a family where only one parent works, or both parents work and one continues to bear most of the responsibilities of primary caregiving.

What are the lost economic opportunities for primary caregivers? What are the economic gains for the person who is not the primary caregiver? If both spouses agree to this division of roles, who should be responsible for the economic losses? Who should receive the benefit of these gains?

7. If the economic consequences and benefits of role divisions in marriages are not shared equally or equitably, are all primary caregivers destined to a lower economic status in society upon marriage breakdown? What are the implications for women and children? Is there a trend called *the feminization of poverty?* What are the implications for the value of primary caregiving and the willingness of women to continue to assume this role or for men to want to take this role?

8. Section 15(7)(b) of the *Divorce Act* speaks of apportioning between the spouses the financial consequences arising from the care of any child over and above their joint financial obligation, and relieving economic hardship consequent on marriage breakdown.

Should "financial consequences" be interpreted to include not only the dollars spent but also the lost opportunities? Does "economic hardship" include the lost economic opportunities that can occur as a result of primary caregiving? Could a judge's own life experiences have an impact on how these words are interpreted?

9. What are the implications of time-limited support awards? Do time-limited support awards usually reflect the time necessary to achieve a basic level of economic self-sufficiency or the time necessary to achieve a more equal level of economic security? How can you estimate how much time is enough? When should time-limited awards be used as opposed to ordering support without time limits, which leaves open the option of a variation later?

WOMEN AND EMPLOYMENT
1. FACT SHEET*

Working Women

- Women's participation in the labour force is growing annually.[1]
- Over 50% of all married women under 55 work outside of the home and women are continuing to work through child-bearing years.[1]
- Only 39% of working women as compared to 54% of working men are covered by a private pension plan.[2]
- In 1982, the average income for women was 63.9% of the average income for men.[1]
- Women are still generally concentrated in low paying, low esteem, low promotion rate sectors of clerical, sales and services.[3]
- Women receive less benefit from collective bargaining and unions since only 29.2% of women's full-time jobs as compared to 40% of men's full-time jobs are unionized.[1]
- Most part-time workers are female and these women would usually prefer full-time work but the jobs are not available.[1]
- Only 11.9% of part-time working women cite personal or family responsibilities as reasons for their part-time status.[4]
- In 1983, the average income of male-headed families in Canada was $36,578, whereas for female-headed families, it was $19,662.[5]
- Projections indicate that single-parent households will increase by 85% by the year 2000.[6]
- Working women without children work on average 30 hours per week doing household tasks, while their husbands do this on average only 5 hours per week .[7]
- Housewives attending to children and other household tasks work 46 - 51 hours per week. When these women enter the paid work force, the increase in housework undertaken by their husbands is very minimal.[8]

Consequences of Parenting

- 64% of Canadian women report that they suffer work interruptions because of their parenting and marriage responsibilities, while less than 1% of men respond this way.[9]

---

* Prepared by Donna Hackett, B.A., LL.B., April 1990

- Women are 3 times as likely as men to have major career breaks and interruptions for marriage, pregnancy and child care.[10]

- Licensed child care in centres and family homes provided 171,654 spaces for children in Canada, in 1984. If a licensed space was available for each child of working parents, it is estimated that 1,950,000 spaces would be needed.[11]

- 92% of children are awarded to mothers in divorce proceedings.[12]

- In 1987, the cost of non-profit group child care in Toronto was approximately $5,870 per year per child below grade 1, $3,130 per year for children in school between the ages of 6 and 10, and $1,565 per year for a child 10 and over.[13]

Economic Consequences of Divorce/Single-Parenting

- The average amount ordered for spousal and child support in Canada was 1/5 of the husband's income in 1983.[14]

- Divorced women (and their children) experience a 73% decline in their standard of living whereas divorced men experience an average 42% rise in the first year after divorce.[15]

- 43% of single parent female-headed families and less than 14% of single parent male-headed have incomes below the poverty line.[16]

- The cost of raising children in a two-parent family is less than in a single-parent family.[17]

- 20% of children under 16 in Canada lived below the poverty line in 1983.[18]

- The average income in female-headed households deteriorated from 64% of the overall average household income in 1967 to only 52% in 1975 and is continuing to fall further behind, thus creating what some social commentators call *the feminization of poverty*. To the extent that women remain linked to children after divorce, the phenomenon also involves the impoverishment of children.[19]

- A study of 23 maintenance awards in Manitoba found only 2 cases where the division of income closely approximated an equitable financial division between the family units. In 19 cases, the former husband was granted a much larger portion of the after maintenance total of the two family units.[20]

- Women continue to bear disproportionate economic penalties upon breakdown of marriage and subsequent court adjudication.[20]

REFERENCES

1. Judge Rosalie Abella, "Equality in Employment", Report of the Commission on Equality in Employment, October, 1984 at 60 - 62, 77 - 78.

2. Labour Canada, Women in the Labour Force, 1986 at p.81.

3. Women's Bureau, Labour Canada, "Women in the Labour Force: Part I," Participation Tables 9 at p.61.

4. Statistics Canada, "The Labour Force," Catalogue 71-001 (monthly), December, 1984, Table 87.

5. Statistics Canada, "Income Distributions by Size in Canada," Catalogue 13-207 (annual), 1983.

6. Statistics Canada, "Household and Family Projections - Canada - Provinces and Territories 1976-20001," Catalogue 91-522, December 1981, Table 3 at p.72.

7. Kathleen Lakey, "How Women's Work Supports the Economy," Symposium on Women and the Economy, Ottawa, March 1986, at p.27.

8. Julie White, "Women and Part-time Work", The Canadian Advisory Council on the Status of Women, Ottawa, 1983 at p.7-8.

9. T. Burch, "Family History Survey, (Preliminary Findings)," prepared for Statistics Canada, 1985, at p.26.

10. Carol Rogerson, "Winning the Battle, Losing the War: The Plight of the Custodial Mother after Judgement," 1987, Canadian Bar Association of Ontario, Continuing Legal Education Program, February 1987, at Tab 9B.

11. Health & Welfare Canada, National Day Care Information Centre. *Status of Day Care in Canada*, 1984 at pp. 13-15 as adapted by the Task Force on Child Care, Status of Women, Canada, at p.51.

12. Statistics Canada, *Marriage and Divorces*, Vital Statistics, Vol. II, 1982, Catalogue No. 84-205 Annual, table 15, at pp. 23-25.

13. Ministry of Community and Social Services and the Ontario Women's Directorate, 1987. Note: these figures do not include the additional costs of child care for school vacation, professional development days, sick days and shift work. Taken from O.W.D. Fact Sheet.

14. D. McKie et al. *Divorce: Law and the Family in Canada*, prepared for Statistics Canada, 1983, at p. 198.

15. Lenore Weitzman, *The Divorce Revolution*, (New York: Free Press, 1985), at p. 323.

16. Statistics Canada, *Income Distribution by Size in Canada*, 1981, at p.69.

17. Social Planning Council of Metropolitan Toronto, *Guide for Family Budgeting, 1984*, at p.200.

18. National Council of Welfare.

19. Mona Brown, *Gender Equality in the Courts*, Manitoba Association of Women and the Law, November 1988, at p.45.

20. Manitoba Advisory Council on the Status of Women, "The Economic Realities of Women under the Manitoba Family Maintenance Act" (1985) at Appendix A,A-5, at p.1.

Yale Law and Policy Review
3(1) pages 168-186, Fall 1984.

The Primary Caretaker Parent Rule: Child Custody and the Dynamics of Greed

Richard Neely*

The discussion of divorce in our society dwells disproportionately on the problems of the upper middle class. This is understandable, because it is the upper middle class that disproportionately reads and writes books and articles about divorce and, therefore, has a disproportionate voice in fashioning the laws and social mores that affect those undergoing divorce. The problems of upper middle class individuals undergoing divorce, however, are different from those afflicting the less-well-off individuals who make up the bulk of the divorcing population. The guilt feelings that may oppress a Yale Medical School-trained single mother when she hires a full-time housekeeper to [illegible] for her three-year-old are difficult for her, but the problems facing most of the mothers who pass through my court are more urgent and more concrete. They have all they can do to pay the rent and utility bills, keep the car running and find a little adult conversation.

Their problems are made worse by a system of laws designed to provide the best possible decision in every case, but which instead has the effect of subjecting litigants to delays, inequities and intrusions so intolerable as to invest the whole divorce process with even more misery than is already present. These delays, inequities and intrusions encourage out-of-court settlements in divorce cases—settlements that effectively bypass the system of laws intended to govern the divorce process. A parent concerned with paying as little child support as possible can use the threat of a custody fight, with its never-certain outcome, as a lever during settlement negotiations. The result is that one parent—typically the father—winds up paying less in child support than the needs of the child or children warrant, while the other parent—typically the mother—is forced to scrape by on inadequate support, a problem exacerbated by the generally lower earning power of women. Although this result is certainly not

* Chief Justice, West Virginia Supreme Court of Appeals. Professor of Economics, University of Charleston. A.B. Dartmouth College, 1964; LL.B. Yale Law School, 1967. The author would like to thank Glenn Reynolds, Elizabeth Boggs, Cynthia Coe, John Colwell, Deborah Gordon and David Wetzel, along with the entire staff of the *Yale Law & Policy Review*, for their excellent work in editing this article.

the sole cause of the feminization of poverty, even a brief glance at the way most settlements in divorce actions are reached should make the connection evident.

The old maternal preference rule, once used in child custody cases by many states, was an effective means of avoiding this sort of destructive gamesmanship. Such a rule, of course, is unfair to men who want custody. Many women also find the rule offensively sexist, notwithstanding, as I will argue, that it benefits women as a class. What is needed is a standard that does not promote sharp practice in custody negotiations, that does not penalize fathers on account of their sex, and that is not so unwieldy and intrusive that it constitutes a cure worse than the disease.

I believe that such a standard exists. It is the "Primary Caretaker Parent Rule" developed in West Virginia.[1] In the pages that follow, I will discuss in more detail the ways in which current child-custody rules work against the interests of those parents, predominantly women in today's society, who want strongly to keep their children after divorce. I will also discuss the ways in which rules intended to produce results that are in the best interests of the children involved are in fact so clumsy and oppressive as to constitute a positive menace to the well-being of many children who must endure them. I will then explain why I believe the primary caretaker parent rule to be a solution to many of these problems, one that is superior to the institution of joint custody in the vast majority of cases, despite joint custody's current trendy appeal.

. . . . . to page 180 . . . . . .

1. The primary caretaker parent rule is described in Garska v. McCoy, 278 S.E.2d 357 (W. Va. 1981). *See also* J.B. v. A.B., 161 W. Va. 332, 242 S.E.2d 248 (1978) (a precursor case which discussed the dynamics of the old maternal preference rule).

2. J. Westman, Child Advocacy 275 (1979); D. [illegible], *Child Custody Contests in Historical Perspective*, 135 Am. J. Psychiatry 1530 (1978). For documentation of the paternal preference and the emergence of the maternal preference in some states during the nineteenth century, see Foster & Freed, *Child Custody*, 39 N.Y.U. L. Rev. 423, 425 (1964). See, *Child Custody: Evolution of Current Criteria*, 26 De Paul L. Rev. 241, 242-44 (1977). Comment, 12 Cum. L. Rev. 515, 515-17 (1982).

they [illegible] to the insupportable conclusion that women *are* equal to men economically. It then follows that women can support children as well as men can and that whoever wants the children can pay for them.

In the real world, however, women are much poorer than men and this pattern is highly resistant to change.[16] The cost of child care itself, in terms of lost working time, is a major economic burden placed on single mothers. Just getting the children is a tremendous economic burden. Aside from the great expense involved in feeding and clothing them, they absorb great amounts of time that could be spent earning money.[17] But the unfairness only begins there, as so many women are forced to accept lower child support and alimony payments in order to be sure of getting the children (and the accompanying economic burden) at all.

The everyday occurrence of children being traded for money should be sufficient in and of itself to prompt a reevaluation of a system that turns custody awards into bargaining chips. The fact that such trading also has contributed to the impoverishment of women makes the need for change still more urgent. What is needed, as I mentioned at the first, is a standard for custody awards that does not encourage such pernicious bargaining, but which also does not discriminate on the basis of sex.

16 "[Single] [w]omen maintaining families are far more likely to be unemployed than husbands or wives, their average (median) family income is less than half that of married couples, and they are five times as likely to be in poverty." Bureau of Labor Statistics, U.S. Dep't of Labor, Women at Work: A Chartbook 26 (1983). This gap seems to be widening. U.S. Commission on Civil Rights, Disadvantaged Women and Their Children: A Growing Crisis 6 (1983) (hereinafter cited as "Disadvantaged Women").

17 Of economically active women ages 25-34 with no spouse present, those without children worked an average of 1,966 hours annually, while those with children worked from 1,171 hours (for those with four or five children) to 1,775 hours (for those with one child). Smith, *Estimating Annual Hours of Labor Force Activity*, 106 Monthly Lab. Rev. 13, 19 (Feb. 1983).

This hardship is compounded in several ways. First, in order to work full-time, working mothers must obtain child care, which (unless relatives or friends are available on a regular basis) is always expensive and often prohibitively so. Disadvantaged Women, *supra* note 16, at 12-13, 63. Second, in general "[w]omen are segregated in a few occupations that pay low wages and have little promotion potential." *Id.* at 63. And third, there is evidence that the pressures of raising a family alone and beating back poverty are major sources of emotional stress. *Id.* at 52. Note also that women acting as single parents "are also in the category of persons who are least likely to receive preventive health care or adequate care during illnesses." *Id.* Men, on the other hand, largely avoid the economic pitfalls afflicting divorced women. *Id.* at 12. For more on the psychological strains suffered by working women, see J. Westman, *supra* note 2, at 105 and Johnson & Johnson, *Attitudes Toward Parenting in Dual Career Families*, 134 Am. J. Psychiatry 391 (1977).

Most of the problems of child custody litigation can be avoided by not litigating the issue in the first place. It is here that the wisdom of the old maternal preference, or its sex-neutral alternative, the "primary caretaker parent rule," becomes apparent. The primary caretaker parent rule provides a presumption that severely limits opportunities for using child custody litigation as a bargaining chip. Sadly, however, the sex-neutral primary caretaker parent rule is unique to West Virginia law.[18]

West Virginia law does not permit a maternal preference. But we do accord an explicit and almost absolute preference to the "primary caretaker parent," defined as the parent who: (1) prepares the meals, (2) changes the diapers and dresses and bathes the child, (3) chauffeurs the child to school, church, friends' homes and the like, (4) provides medical attention, monitors the child's health, and is responsible for taking the child to the doctor, and (5) interacts with the child's friends, school authorities, and other parents engaged in activities that involve the child.

This list of criteria usually, but not necessarily, spells "mother." That fact reflects social reality; the rule itself is neutral on its face and in its application. In West Virginia we have women who pursue lucrative and successful careers while their husbands take care of the children; those husbands receive the benefit of the presumption as strongly as do traditional mothers. Furthermore, where both parents share child-rearing responsibilities equally, our courts hold hearings to determine which parent would be the better single parent.[19] This latter situation is rare, but is evidence of the actual sex-neutrality of the primary caretaker presumption.

Our rule inevitably involves some injustice to fathers who, as a group, are usually not primary caretakers. There are instances where the primary caretaker will not be the better custodian in the long run. Yet there is no guarantee that the courts will be able to know, in advance and based on the deliberately distorted evidence that characterizes courtroom custody proceedings, when such is the case. And, notwithstanding its theoretical imperfections, the primary caretaker parent rule acknowledges that exhaustive hearings

18 However, some states consider primary caretaker parent status as one factor in a "best interests" determination. *See, e.g.*, Jordan v. Jordan, 302 Pa. Super. 421, 425-26, 448 A.2d 1113, 1115 (1982); Derby and Derby, 51 Or. App. 803, 806, 571 P.2d 562, 564 (1977).

19 Garska v. McCoy, 278 S.E.2d 357, 363 (W. Va. 1981).

on relative degrees of parenting ability rarely disclose any but the most gross variations in skill and suitability. Permitting such hearings inevitably has a distortive effect on the parties' behavior, and is likely to lead to potentially disastrous emotional trauma for all concerned if the case goes to court.

Any rule concerning custody matters will be sex-biased, in effect if not in form. An allegedly sex-neutral rule that permits exhaustive inquiry into relative degrees of parental fitness is inevitably going to favor men in most instances. This bias follows from the observed pattern that in consensual divorces where there is no fight over money—either because there isn't any or because there is enough to go around—women overwhelmingly receive custody through the willing acquiescence of their husbands. Experience teaches that if there is any chance that the average mother will lose her children at divorce, she will either stay married under oppressive conditions or trade away valuable economic rights to ensure that she will be given custody.

A. *How It Works*

Under West Virginia's scheme, the question of which parent, if either, is the primary caretaker is proved with lay testimony by the parties themselves, and by that of teachers, relatives and neighbors. Which parent does the lion's share of the chores can be demonstrated satisfactorily in less than an hour of the court's time in most cases. Once the primary caretaker has been identified, the only question is whether that parent is a "fit parent." In this regard, the court is not concerned with assessing relative degrees of fitness between the two parents, but only with whether the primary caretaker achieves a passing grade on an objective test.

To be a fit parent, a person must: (1) feed and clothe the child appropriately; (2) adequately supervise the child and protect him or her from harm; (3) provide habitable housing; (4) avoid extreme discipline, child abuse, and other similar vices; and (5) refrain from *grossly* immoral behavior under circumstances that would affect the child. In this last regard, restrained normal sexual behavior does not make a parent unfit. The law does not attend to traditional concepts of immorality in the abstract, but only to whether the child is a party to, or is influenced by, such behavior. Whether a primary caretaker parent meets these criteria can be determined through nonexpert testimony, and the criteria themselves are sufficiently specific that they discourage frivolous disputation.[20]

Furthermore, we divide children into the three age groups I described earlier.[21] With regard to children of tender years, the primary caretaker presumption operates absolutely if the primary caretaker is a fit parent. When, however, we come to those children who may be able to formulate an intelligent opinion about their custody, our rule becomes more flexible. When the trial judge is unsure about the wisdom of awarding the children to the primary caretaker, he or she may ask the children for their preference and accord that preference whatever weight he or she deems appropriate. Thus, the only experts who can rebut the primary caretaker presumption are the children. The judge is not, however, required to hear the testimony of the children, and will usually not do so, particularly if he or she suspects bribery or undue influence. Nonetheless, by allowing the children to be the only acceptable experts in our courts, we do provide an escape valve in unusually hard cases.

Finally, once a child reaches the age of fourteen, we permit the child to name his or her guardian if both parents are fit. Often, as might be expected, this means that the parent who makes the child's life more comfortable will get custody; there is little alternative, however, since children over fourteen who are living where they do not want to live will become unhappy and ungovernable anyway. In all three cases, the parent who receives custody is primarily responsible for making decisions concerning the child and for providing the child's permanent home. The other parent, however, is usually accorded liberal visitation rights, including the right to have the child during holidays, part of the summer, and some weekends.

Although this method for handling child custody may appear overly cut-and-dried and insufficiently sensitive to the needs of individual children, it has reduced the volume of domestic litigation over child custody tremendously. Because litigation *per se* can be the cause of serious emotional damage to children (and to adults), we consider this to be in the best interests of our state's children. Even more importantly, children in West Virginia cannot be used as pawns in fights that are actually about money. Under our system a mother's lawyer can tell her that if she has been the primary caretaker and is a fit parent, she has *absolutely no chance* of losing custody of very young children. The result is that questions of alimony and child support are settled on their own merits.

---

20 [illegible] at 278 S.E.2d 361.

21 [illegible] p. 174, *supra*.

By this point the reader may be desperate to interject that many of these problems can be solved by using the newest divorce court fad, joint custody. Under joint custody, divorced parents have equal time with the children and equal say in decisions about their schooling, religious training and lifestyle.[22] Joint custody, however, does not solve the problem of extortion in the settlement process since many mothers find shared custody as unacceptable as complete loss of custody.

Joint custody works well when both parents live in the same neighborhood or at least in the same city, and so long as they can cooperate on child-rearing matters. Divorcing couples on their own often agreed to joint custody in the past, long before court-ordered joint custody became a public issue. When joint custody is by agreement, the same cooperative spirit that animated the underlying agreement will usually allow the parents to rear a child with no more antagonism than is experienced in most married households.

Voluntary joint custody, however, must be distinguished from court-ordered joint custody. A court can order that custody be shared, but it cannot order that the parents stop bickering, stop disparaging each other, or accommodate one another in child care decisions as married persons would. And if parents do not live close to each other, joint custody can place an intolerable strain on a child's social and academic life if one parent is not willing to allow the other to supply a more-or-less permanent home.[23]

Furthermore, parents must constantly give permission for one thing or another. Who decides whether the child can have a driver's license at age sixteen? Who decides when the child can date, under what conditions, and with whom? When the parents violently disagree—and particularly when they disagree because they are continuing fights left over from the marriage—the child is likely to be left hopelessly confused as the parents are played off one against the other.

In West Virginia we do not encourage court-ordered joint custody, although parents can agree to such an arrangement. Elsewhere, however, legislatures are being urged to make court consideration of joint custody mandatory in all contested cases. In states that already encourage extensive litigation over child custody, the sparing use of joint custody may not cause any more damage than does the existing system. If the geography is right and the parents are mature, there is no reason why joint custody cannot work at least as well as, and sometimes better than, custody with one parent and visitation with the other. Joint custody as an option should not be rejected out of hand, but it should be recognized for what it is—a good middle ground that works occasionally when conditions are particularly favorable.

Another means of resolving custody disputes that has received considerable attention lately is that of mandatory custody mediation. One such service is the Custody and Divorce Mediation Service in Los Angeles County, California. Mandatory mediation of custody disputes is a statutory requirement in California; it was adopted statewide after a successful experiment in Los Angeles County. The Service works quite well for Los Angeles County in that very few cases in that county wind up being contested before a judge.

The mediator in Los Angeles does almost everything that a divorce judge would do, but in a much less formal atmosphere with the emphasis being on getting the viewpoints of the parties rather than on proving everything through outside witnesses. This makes for a much more comfortable proceeding than a standard courtroom hearing. Such proceedings are also less expensive than a courtroom custody contest.[24]

While many aspects of divorce can be handled successfully in a mediation-type setting, the mandatory mediation idea is nothing like the panacea that it has been proclaimed to be. Custody litigation should be quick and permanent. Any complicated approach that sets out to achieve perfect justice puts custody decisions up for grabs. Alternative approaches—joint custody, mediation, or best interests—are sure to be counterproductive in the end because they

22 Actually, in many cases one parent will provide the permanent residence of the child while other aspects of child-raising are shared evenly. Generally, the parent with whom the child is staying at the time will make day-to-day decisions (e.g., permission for school outings), with major decisions being shared between the two. *See generally* Folberg & Graham, *Joint Custody of Children Following Divorce*, 12 U.C.D.L. Rev. 523 (1979) (thoroughly documented discussion of joint custody plans, including history and prevailing attitudes).

23 *See* text accompanying note 14, *supra*.

24 Telephone interview with Dr. Ronald Hulbert, Los Angeles County Conciliation Court, January 24, 1985. (Notes on file with the *Yale Law & Policy Review*.) For the California statute, see Cal. Civ. Code § 4509 (West 1985) (Conciliation Court guidelines); Cal. Civ. Proc. Code §§ 1730-72 (West 1985) (mandatory mediation in contested child custody cases). For a discussion of Los Angeles County's mandatory mediation system and of other non-mandatory systems, see Note, *Non-Judicial Resolution of Custody and Visitation Disputes*, 12 U.C.D.L. Rev. 593 (1979).

will produce disastrous effects on out-of-court settlements. The prospect of losing custody at the hands of a mediator is just as terrifying as the prospect of losing custody at the hands of a judge.[25]

III *Conclusion*

The nationwide debate over child custody, including the arguments for joint custody and a greater role for fathers, indicates just how acutely many men feel the loss of their children. But no matter how modern we seek to become, or how keenly we desire to be liberated from the oppressive hand of traditional institutions, it is not possible to create custody arrangements that satisfactorily duplicate parent-child relationships in happily married households. Divorce must be understood for what it is—sometimes the best way out of an intolerable situation, but often a tragedy and a disaster. Laws based on believing otherwise may give their (usually) upper middle class sponsors a warm feeling inside, but are likely to result in additional hardship for most divorcing families.

Legislatures may pass any number of custody statutes, and domestic courts may be given all manner of powers, but judges are nonetheless never going to be the architects of a brave new world of happy single-parent households. In my experience, courts are more like salvage crews. To the extent that husbands and wives engage in their own programs of damage control, they can salvage far more from the ruins than can courts. The talk about joint custody and its near-miraculous attributes misses the point. The point is that what a court orders is insignificant when compared to how the parents behave. Mature parents can make a bad court order work superbly, immature parents can—and usually will—make even the best court order useless.

Nonetheless, courts must do what they can to make things better. I believe that the West Virginia primary caretaker parent rule represents the best solution so far to the problems of gender neutrality and child custody bargaining. To the extent that fathers take an active role in child-raising, they are not disadvantaged at all by the rule. Yet at the same time, the rule prevents sham custody battles that are really about money. By so doing, it removes a major cause—though certainly not the only cause—of the explosive growth in the number of *poor* households headed by women.

The primary caretaker parent rule may strike some as unsatisfactory because it does not attempt to arrive at precisely the correct decision in each case. Adjudication, however, is an imprecise exercise. The greatest frustration in lawmaking is that there is never a choice between systems that work and systems that do not; the choice is always between two systems that are both unsatisfactory in some manner. The best that can be hoped for is a system that works better than others in most cases, and which doesn't do too much damage in the instances where it doesn't. By this test, the primary caretaker parent rule is a success: Although there is some unfairness to parents who do not take a preeminent role in caring for their children before divorce, that unfairness is more than balanced by the effectiveness of the rule in preventing the trading of children for money and in reducing drastically the need for complex and damaging inquiry into family life and parental fitness.

The virtues of West Virginia's scheme for handling child custody matters may be scant consolation to divorcing couples in New York, Iowa, or any other state that fails to appreciate the real-world pressures in divorce cases. However, if those states see fit to adopt the rule in the future, it will represent an important step toward freeing women and children from some of the worst effects of divorce. That is surely worth doing.

25 I do not mean to disparage the Los Angeles program. I believe, however, that its advantages do not stem from its impact on the matters that I have been discussing. Its main virtues are that it is cheaper and less threatening than a traditional courtroom battle over custody. Those are relative virtues given the incredibly expensive and threatening nature of such battles: a 16-inch artillery shell is cheaper and less threatening than an MX missile, but ground zero remains an unattractive place to be. The virtue of the primary caretaker parent rule is that it eliminates such battles altogether. Joan Wexler makes a similar point in an article on modification of custody decrees: "In short, if the legal system provides no battleground, it is less likely that there will be a battle." Wexler, *Rethinking the Modification of Child Custody Decrees*, 94 Yale L.J. 757, 792 (1985).

Orders", in [illegible]eilah L. Martin and Kathleen E. Mahoney (eds.), *Equality and Judicial Neutrality*, Carswell, 1987

3. HISTORICAL JUDICIAL ATTITUDES TO WOMEN IN FAMILY LAW

Historically one sees the stereotype of Mary, the dependent, virtuous wife and Eve, the greedy, guilty woman, embedded in the common law. The judiciary has not only been affected by these stereotypes, but, since the common law is by definition a judge-made law, has participated in their continuation.

Early English matrimonial law represented a pure example of the Mary stereotype — a married women who existed only through the actions of her husband. English matrimonial law treated the husband and wife as a single person.[19] As a married woman, the wife lost most of her personal property[20] and her husband became the owner, or, at least, had the use and benefit of her real property.[21] The law denied a married woman's separate legal existence.[22]

Reforms gradually introduced over the last 100 years have greatly alleviated the harsh legal position of the married woman in matrimonial law,[23] however they did not substantially change the stereotype that the labour and services of a married woman belonged to her husband as of right. The husband was entitled to the wife's labour but the wife was not entitled to compensation for that labour. That inferior role ascribed to married women under common law still affected family law decisions until quite recently. In 1970 for example, the Ohio Supreme Court held that a wife was "at most a superior servant to her husband . . . only a chattel with no personality, no property and no legally recognized feelings or rights".[24]

Perhaps the most famous Canadian example of this attitude was that of Mrs. Murdoch.[25] In rejecting Mrs. Murdoch's claim that her labour over 15 years earned her a proprietary share in the family farm the judges of the Supreme Court of Canada accepted the trial judge's view that "haying, raking, swapping, moving, driving trucks and tractors and teams, quieting horses, taking cattle back and forth to the reserve, dehorning, vaccinating, branding" was no more than an ordinary ranch wife would do.[26] Writers have recognized the impact of the judiciary's use of a traditional stereotype in this and similar cases:[27]

> There is no doubt that it was primarily the attitude of mind in the decision-maker in Rathwell (lower court decision) and the collective attitude of mind of the decision makers in Murdoch, that produced the results in those cases, results which are totally unacceptable in the prevailing social climate

According to the "Mary" stereotype, not only did a married woman's labour belong to her husband but so did her body. The concept of the married woman as property is repeated once again in that bundle of rights and actions referred to as consortium. The underlying assumption in the action for loss of consortium was that since wifely services could easily be equated with those of any servant, legal liabilities for interference with the master-servant relationship was easily extended to cases of injury to the husband-wife relationship. At common law, wives could be compared to servants; a husband could therefore claim the benefit of the established cause of action for loss of the services of a negligently injured servant.[28]

Although the married woman belonged to her husband both in her labour and in her sexual services, the law did offer her financial protection, the right to alimony, should her protector (her husband) leave her but only so long as her conduct remained appropriate to the Mary stereotype. If she had been guilty of a marital offence, like adultery, she would lose entitlement to financial support or the amount of that support would be reduced. Research has found that the amount of support in divorce cases was closely linked with a judgment of relative guilt in regard to the grounds for the divorce.[29] Thus, until quite recently, both family law cases and legislation treated women with protective paternalism so long as they remained within their traditional stereotypes of good wives and mothers

19 For general reference see Jenks, *A Short History of English Law* (1920) at 225-29, Bromley and Webb, *Family Law* (1974) at 758, and Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), Vol. I c. 15

20 Blackstone, *ibid* at 430

21 Blackstone, *ibid*, 2nd ed. (1766), Vol. I at 433

22 "By marriage, the husband and wife are one person in law: the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband: under whose wing, protection and cover, she performs everything." Blackstone, *ibid* 15th ed. (1809), Vol. I at 442

23 For example, in England, the Married Women's Property Act of 1882 (45 & 46 Vict., c. 75) re-instated the legal existence of the married women. Similar Acts were passed in the common law jurisdictions of Canada and the United States. At least one author indicated that the limited change effected by the Married Women's Property Acts resulted from the fact that "the interpretation of married women's acts fell into the hands of judges who as young lawyers had been educated in the legal supremacy of the husband": see Warren, "Husband's Rights to Wives' Services" (1925), 38 Harv. L. Rev. 421 at 423

24 Sacks and Wilson, *Sexism and the Law: A Study of Male Beliefs and Legal Bias in Britain and the United States* (1978) at 149

25 *Murdoch v. Murdoch* (1975), 41 D.L.R. (3d) 367 (S.C.C.)

26 *Ibid* at 376, 380

27 Cooper-Stephenson, "Matrimonial Property Law in Saskatchewan — The Embarrassment of *Rathwell*" (1974-76), 40 Sask. L. Rev. 185 at 206

28 Johnson & Knapp "Sex Discrimination by Law: A Study in Judicial Perspective" (1971) 46 N.Y.U.L. Rev. 674 at 731

29 Rheinstein, *Marital Stability, Divorce and the Law* (1970) at 380. This research was corroborated by a 1981 Alberta study which found, "if the husband was the petitioner and adultery and/or physical cruelty were cited, maintenance was less likely to be awarded. If the wife was the petitioner and she cited adultery as the marital offence, she was very likely to receive an award." See study of the Alberta Institute of Law Research and Reform, "Matrimonial Support Failure Reason, Profiles and Perceptions of Individuals Involved" at 14

(Mary) and punished them by lack of recognition of status, change of custody or financial hardship if they ventured outside of those boundaries and attempted to assert themselves apart from their husbands.[30]

4. THE RISE OF THE RULE OF SPOUSAL EQUALITY

As the women's movement infiltrated our general consciousness, and as more women entered the workforce and took more visible roles in our society, the once predominant choice of the "traditional" marriage has given way to a myriad of diverse patterns.

Increasingly, marriage was seen as a social and economic partnership of equals in which spouses who performed different functions nevertheless made equal contributions and had equal rights and obligations. The thrust of legal reform has been on ensuring that both men and women have equality of opportunity. Legal rules have been made gender neutral, so much so that there are no more wives or husbands in family law, only spouses. It was assumed that rule equality would result in actual equality.

The rise of rule equality in the last decade led to the passage of marital property legislation in every Canadian province and territory.[31] The legislation recognized that the physical and emotional contribution of a spouse involved in homemaking and childcare was equal to the financial contribution of the other spouse and should be compensated for by an equal share in the marital assets.

Rule equality in the area of maintenance awards meant that each spouse was expected to become self-supporting. The function of maintenance became rehabilitative, awards given in order to readjust the economic consequences flowing from the division of labour within a marriage.[32] One judge summarized the new perception by noting: "It is no longer seen as self-evident or desirable that marriage necessarily involve economic responsibilities to a spouse which may continue for long periods of time after the legal tie has been dissolved."[33]

30 Ryan, "Maintenance Obligations in a New Legal Concept of Marriage" (1975), 21 R.F.L. 1. The traditional common law philosophy of marriage is that it is a purchase by a man, in exchange for maintenance, of an exclusive right to the services, affection and sexuality of a woman. . . . The wife retains her unilateral right to support so long as she behaves herself.

31 Matrimonial Property Act, R.S.A. 1980, c. M-9; Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121; Marital Property Act, S.M. 1978, c. 24 (also C.C.S.M., c. M45); Marital Property Act, S.N.B. 1980, c. M-1.1; Matrimonial Property Act, S.N. 1979, c. 32; Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9; Family Law Act, S.O. 1986, c. 4; Family Law Reform Act, S.P.E.I. 1978, c. 6; Matrimonial Property Act, S.S. 1979, c. M-6.1; Civil Code of Quebec, art. 464; Matrimonial Property and Family Support Act, S.Y.T. 1979 (2nd), c. 11; Matrimonial Property Act, R.S.N.W.T. 1974, c. M-7.

32 This concept of maintenance, as serving a predominantly rehabilitative function, is reflected in many of the provincial statutes and now in the Divorce Act, 1985, S.C. 1986, c. 4, s. [illegible] (3)(d).

How has the judiciary reacted to the new attitudes reflected in this legislation? Initially, and still occasionally today, there were many examples where the judicial interpretation of such legislation exhibited the traditional "Mary" stereotype of the married woman as care-giver and homemaker.

A study of Saskatchewan decisions relating to the division of farm properties found that:[36]

> The farmwives whose contributions have been perceived as the equal of their husbands' have participated in the day-to-day work of the farm in such ways as working on the land or with the livestock, driving machinery, doing [illegible] and so forth. Often these wives have also contributed financially through monetary gifts and inheritance [illegible] income. . . . In at least two cases where numbers of children and lack of modern facilities have resulted in little time available for farming labours, the wives have received lessened awards, notwithstanding that the judges have recognized that the wife had few options in the matter.

Even when the judiciary puts aside the traditional stereotypes of Mary and Eve, the result to women does not improve substantially. The judicial application of the family law equality legislation has given rise to the use of stereotypes once again, albeit different ones. It is in the award of maintenance that the judicial application of equal treatment for women has had some of its most perverse consequences.

Most of the maintenance statutes use similar language and contain such terms as "self-sufficiency" — an inherently ambiguous concept with, as of yet, few guidelines to aid the courts in its interpretation and application. How is economic self-sufficiency to be defined? What factors are to be taken into account in its definition? When is a spouse "rehabilitated"? When she completes a vocational re-training program or when she reaches a salary level commensurate with the position that she would have had if she had continued in the workplace instead of staying home to raise children? How long is it appropriate to trace adverse economic consequences back to the marriage, thereby placing a continuing financial obligation upon the other spouse?

The answers to these questions depend to a large extent upon judicial discretion and the judiciary has embraced the concept of rehabilitative maintenance and equality of treatment with a vengeance. Women and children have sometimes become victims in divorce because judicial decisions in regard to maintenance awards can be influenced by misconceptions concerning the personal and economic consequences of divorce.[37] Persistent societal myths appear to influence the perception and responses of some judges in family law cases — myths that have introduced the

36 Bissett-Johnson and Holland, *Matrimonial Property Law in Canada* (1980) at S-29–30.

37 Hoffman, "Changes in Domestic Relations Court" in Hepperle and Crites (eds.), *Women in the Courts* (1978) at c. 7; and Arcaon "Educating the Judiciary," panel presentation at the Eleventh Conference on Women and the Law, San Francisco, February 28 – [illegible]

new sic[illegible]type of the "Superwoman" — a woman who can return to work outside the home anytime and at any age, a woman who can give her all to her career while juggling two kids and a dog.[38]

In Manitoba, a study was recently conducted by the Manitoba Advisory Council on the Status of Women.[42] The study was done in two stages. Stage one compared the percentage of income awarded to the mother and children as opposed to the income left in the hands of the father for maintenance decisions made in 1979, 1980 and 1981.[43] Twenty-three decisions relating to separations and divorces were analyzed. Nineteen of the cases indicated that the husband/father was generally granted a significantly larger proportion of the after maintenance income of the two family units when compared to the wife/mother. Only two of the 23 cases found division of income totals "which would most closely approximate an equitable financial distribution between family units".[44]

For the second stage this analysis was repeated in 1983-84 where 11 family law decisions of the Court of Queen's Bench and the Manitoba Court of Appeal from November 1983 to June 1984 were reviewed.[45] With some exceptions, an analysis of the cases revealed that "women continued to bear disproportionate economic penalties upon breakdown of marriage and subsequent court adjudication".[46] The economic burden of marital breakdown is especially heavy for two groups of women.

The first group of women hard hit by rehabilitative maintenance awards were women in their 40s and 50s who divorce after a long-term marriage. This group generally accounts for 20 per cent of all divorces.[47] An example of their dilemma is found in the case of *Taggart v. Taggart*,[48] the wife had few employable skills after a 27-year marriage and was only able to secure a clerical job paying $12,000 per year. Her husband was earning over $35,000 per year. The judge gave no maintenance as the couple's assets had already been shared equally under the province's marital property legislation. He assumed this division made the wife financially independent. Both spouses were in their early fifties but the result of this decision is that the husband increased his standard of living substantially; he now keeps all his salary for himself and retains his share of their assets to invest or enjoy. The wife on the other hand, must erode her share of their assets to supplement her low income. She has no ability to plan a secure economic future and her prospects for future career advancement are slight.

The second group of women most affected by rehabilitative maintenance awards are in their middle to late 30s and have custody of young children. These women accounted for 40 per cent of all divorces.[51] The maintenance awards made in these decisions revealed that the women almost always have less money available to live on than their husbands, even when they have one or more children in their custody. The low quantum of maintenance awards means that women and the children in their custody have a substantially lower standard of living after separation than their husbands.[52]

Again, the cases analyzed in the Manitoba study (albeit a small survey) confirm this result.[53] "Inevitably, a drop in standard of living is to be expected when a family income must support two households instead of one. However, in exercising the judicial discretion presently afforded them under the Act, judges have not been reducing the standard of living of each spouse equally."[54]

Thus, we see that the judicial application of the new legislation has

38 Segal, *Proposed Project on Judicial Attitudes Toward Women: An Introductory Overview*, Now Legal Defence and Education Fund Report (1978), and see *supra* note 14

42 Manitoba Advisory Council on the Status of Women, "The Economic Realities of Women under the Manitoba Family Maintenance Act" (1985)

43 *Ibid* at Appendix A, A-1.

44 *Ibid* at Appendix A, A-5

45 *Ibid* at 29-30

46 *Supra* note 44 at 1

47 Hacker, review of Weitzman *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (1985), in *Fortune*, 23 Dec. 1985, 167 at 168

48 (1984), 30 Man. R. (2d) 1 (Q.B.) Another example is *Gutheil v. Gutheil* (1983), 34 R.F.L. (2d) 50 (Man. Q.B.)

51 See *supra* note 47 at 160.

52 This finding was repeated in a California study conducted one year after legal divorce which showed that men experienced a 42 per cent improvement in their post-divorce standard of living while women experienced a 73 per cent loss. See, Weitzman, "The Economics of Divorce: Social And Economic Consequences of Property, Alimony and Child Support Awards" (1981), 28(6) U.C.L.A. L. Rev. 1181 at 1252

53 The cases were analyzed by the Manitoba study as follows:

Leb v. Leb (1984), 41 R.F.L. (2d) 82 (Man. Q.B.)	82 per cent for the husband and 18 per cent for the wife and two children after 19 years of marriage.
Isbister v. Isbister, [1981] 5 W.W.R. 443 (Man. C.A.)	54 per cent for the husband and 46 per cent for the wife and two children.
Taggart v. Taggart (1984), 30 Man. R. (2d) 1 (Q.B.)	75 per cent for the husband and 25 per cent for the wife after 27 years of marriage.
Murray v. Murray (1984), 29 Man. R. (2d) 196 (Q.B.)	69 per cent for the husband and 31 per cent for the wife and one child.
Note how the husband receives substantially more in those rare cases where he has custody of one or more children.	
Gutheil v. Gutheil (1983), 34 R.F.L. (2d) 50 (Man. Q.B.)	81 per cent for the husband and one child, 19 per cent for the wife
Jensen v. Jensen (1984), 30 Man. R. (2d) 137, varied 30 Man. R. (2d) 136 (C.A.)	65 per cent for the husband and one child, and 35 per cent for the wife and two children after 14 years of marriage
Friesen v. Friesen, [1984] W.D.F.L. 1018 (Man. Q.B.)	81 per cent for the husband and one child, 19 per cent for the wife

54 Manitoba Advisory Council on the Status of Women, "The Economic Realities of Women under the Manitoba Family Maintenance Act" (1985) at 14-15

led to the creation of a new stereotype of Superwoman who is as fully equipped as a man to earn an independent living. Or, as phrased by one judge in denying a woman's request for permanent alimony,[55]

> when women's "destiny was to remain always in the home . . . providing for the needs and comforts of their family," women had limited education and almost no experience in commerce. Now, however, such conditions no longer exist. In this era of woman's liberation, movements and enlightened thinking . . . the woman is as fully equipped as the man to earn a living and to provide for her essential needs."

Unfortunately, this is simply not the reality.

5. THE JUDICIARY'S APPROACH TO RULE EQUALITY

The problem with rule equality as presently embraced by the judiciary is two-fold. First, a statute that divides "marital" property equally between spouses does not necessarily result in an equalization of economic positions and a consequent minimization of the need for maintenance. Most couples have minimal [illegible] of property.[56] Additionally, "marital" property is not always synonymous with the actual property owned by spouses. Most property statutes exclude property acquired before the marriage, gifts and inheritances. More importantly, in today's society, judges have excluded certain intangible assets, such as business goodwill,[57] professional licences and educational qualifications from the "marital property" to be divided, thereby excluding from division the assets with potentially the most value.[58]

Yet, having divided the "sharable" property as defined by statute, judges feel justified in reducing or eliminating maintenance altogether since both spouses are now presumably on equal footing. In reality the footing is not always equal and, in some cases, is quite precarious.[59]

55 *Beard v. Beard*, 262 So. 2d 269 at 271-72 (Fla. C.A., 1972).

56 In a 1977 random sample of California court dockets, less than half of the divorcing couples in Los Angeles showed evidence of having any major assets such as a house, business or pension. The relatively small number of both divorced and married couples who have substantial assets has been confirmed by other research in the United States and England. See Weitzman, *supra* note 52 at 1188-89.

57 However, see *Criton v. Criton* (1985), 50 R.F.L. (2d) 44 (Sask. C.A.) where the court held that the trial judge had erred in failing to assign value to goodwill.

58 See for example *Nunan v. Nunan* (1984), 37 R.F.L. (2d) 176 (Sask. U.F.C.) where the applicant's counsel contended that the respondent's medical degree was matrimonial property. The court held, at 178, that "the respondent's medical degree is not property that can be divided between the parties. It has no inherent value. It cannot be sold or transferred. It is only a qualification to do certain work." (*per* Dickson J.) See also Raggio, "Professional Goodwill and Professional Licences as Property Subject to Distribution Upon Dissolution of Marriage (1982-83), 16 Fam. L.Q. 147. However, see *Keast v. Keast* (1986), 1 R.F.L. (3d) 401 (Ont. Dist. Ct.), *per* Killeen J. where the husband's medical degree was taken into consideration as a revenue producing asset. The wife was awarded a quasi restitutionary or compensatory support sum in recognition of her contribution to her husband's career potential of $1,000 per month for ten years.

59 For a g[illegible]l discussion of Canadian marital property regimes and the sharing of marital assets, s[illegible]heel, "The Ideal Marital Property Regime — What Would It Be?" in Sloss [illegible]

Second, the award of rehabilitative maintenance is often made in ignorance of economic reality. Dividing the few material assets and then leaving the wife free to pursue her own employment with minimal maintenance ignores too many salient factors. It ignores the fact that women may have given up the opportunity to pursue economic skills in favour of marriage. Until very recently, women were socialized to forego career development and job opportunities in order to devote themselves to their husbands and children. Even today many families decide jointly that the wife should be a full- or part-time homemaker, particularly when there are young children. Such women are at a disadvantage when they belatedly seek to compete in the labour market. Absence from the marketplace for a number of years causes special re-entry problems that may not always be alleviated by vocational retraining. The earning capacity for women is already lower than men[60] and limited employment opportunities for women and job-ghettos are still the rule.[61] These facts are exacerbated for divorced women since, depending on their previous skills, their age (older women encounter special discrimination in employment) and the length of their absence from the workplace, they may never catch up to the level other single women may have attained.[62]

Even where a woman continued to work for wages during the marriage, the burden of childcare after separation will take a toll on her career that does not exist for her former husband. Maintenance awards have ignored the fact that the custody of children has a significant impact upon one's financial future. Childcare is unpaid work that presently carries with it an extremely high opportunity cost in terms of lost earning capacity. Judges often ignore that opportunity cost. The reality is that women continue to bear the primary burden of childcare both during and after marriage.[63]

Given the lack of adequate childcare facilities,[64] the quantum of child

60 In 1984, the average income of a Canadian woman was $11,863 as compared to a man's average income of $21,376. see Statistics Canada, "Income Distribution by Size in Canada" (1984), catalogue 13-206 at 22, Table 6.

61 Economic Council of Canada, 20th Annual Review, "On the Mend" (1983) at 89-90.

62 By the way, I refer specifically to women in these cases. Although the law is clear that maintenance awards may be obtained by a man, the reality is such that the majority of awards are still being made to women, and given the economic realities that I have just described, this is not surprising.

63 After marital breakup women typically retain custody of the dependent children of the marriage. Empirical studies in the United States and Canada indicate that mothers are almost invariably given the responsibility of caring for dependent children in the event of separation or divorce. For example, between 1969 and 1979, custody was awarded to the wife in 85.6 per cent of divorces involving children, according to Statistics Canada, *Divorce: Law and the Family in Canada* (1983) at 207, Table 2. Interestingly, the same report indicates, at 224, that fathers did not gain custody of their children any more [illegible]ften in 1979 than they did 10 years earlier.

64 [illegible]eport of the Task Force on Child Care, Status of Women in Canada, Minister of Supply [illegible]

support awards[65] and the amount enforced,[66] this "new equality" is producing a new class of poor — divorced women and their dependent children. In Canada today one out of six families with children is now a single-parent family, predominantly headed by women. Evidence indicates that the bulk of single-parent families with young children experience serious financial difficulties.[67] These are the economic realities which should be considered when awarding maintenance if the "feminization of poverty"[68] is to be controlled.

6. CONCLUSION

Judges are not unique in allowing attitudes to affect decision making. They share that characteristic with all other men and women. As Justice Cardozo stated:[69]

> Deep below consciousness are other forces, the likes and the dislikes, the predilections and the prejudices the complex of instincts and emotions and habits and convictions which make the man whether he be litigant or judge.

However, the judiciary is singled out for special attention since the judge in our society occupies a unique position of high esteem. In return for this honour, the judge assumes a special burden of personal responsibility for the fairness and objectivity of approach to the issues presented for resolution. The burden has become especially heavy in the age of the Charter[70] where our courts now have the explicit power to make fundamental policy choices for our society.

Given that burden, a judge has a duty, insofar as it is possible, to perform judicial functions without yielding to the many prejudices and biases that influence others in every aspect of their daily lives.

No area of law impacts on more women with greater force than family law, in particular the area of support awards and enforcement. It is essential that judges inform themselves about the economic realities for women and what can reasonably occur as a result of their awards.

A court's assumption that "the woman is as fully equipped as the man to earn a living and provide for her essential needs"[71] was not true in 1972 and is not true in 1986. We live in a time of transition.[72] "Women today do sit on the Supreme Court, run for high office and walk in space, but not every woman is Superwoman."[73]

---

65 See Dulude, *Love, Marriage and Money: An Analysis of Financial Relations Between the Spouses* (1984)

66 In 1974 a report of the Law Reform Commission of Canada estimated that some degree of default with respect to obligations arising under maintenance orders occurred in as many as 75 per cent of all orders. For a discussion of the problems resulting from poor maintenance enforcement and a discussion of some recent legislative and administrative reforms, see Steel, "The Role of the State in the Enforcement of Maintenance" in Pask, Mahoney and Brown (eds.), *Women, The Law and the Economy* (1985) at 197, and Steel, "Maintenance Enforcement in Canada" (1985), 17 Ottawa L. Rev. 491; reprinted in (1986), 50 R.F.L. (2d) 182

67 See Economic Council of Canada, Twentieth Annual Review, "On the Mend" (1983), and *Admittance Restricted*, Canadian Council on Children and Youth (1978) at 25. See also Mossman, "Family Law and Social Welfare: Toward a New Equality" paper presented to the Family Law Section, Canadian Association of Law Teachers, Kingston, April 1985 at 10-17, where the author discusses the statistical evidence that indicates that single-parent families are less well off than two-parent families and that the poorest single parents are divorced women with dependent children. See also Statistics Canada, *Canada's Lone-Parent Families* (1984), catalogue 99-993

68 The phrase "feminization of poverty" has been used by a number of writers including Mossman, *supra* note 68 at 17 when she concludes "it appears that a significant proportion of separated, deserted and divorced wives are increasingly the recipients of social and welfare assistance, a further confirmation of the 'feminization of poverty'"

69 Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1964) at 167

70 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982, Pt. I, being Schedule B to the Canada Act, 1982 (U.K.)

71 *Beard v. Beard*, 262 So. 2d 269 at 271-72 (Fla. C.A., 1972)

72 It is a time of transition for social roles generally. See Glendon, "The New Marriage and the New Property" in Eekelaar and Katz (eds.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies: Areas of Legal, Social and Ethical Change: An International and Disciplinary Study* (1980) at 59-70. See also Eichler, "Families and Policies for Them in Canada: From Where to Where?", paper presented at the Tenth Anniversary Conference of the Canadian Institute for Administration of Justice, Ottawa, October 1984 at 24-27

73 Schafran, "How Stereotypes About Women Influence Judges" (1985), 24 Judges' J. 12 at 12

Article in Sheilah L. Martin & Martin & Kathleen E. Mahoney (eds.), *Equality and Judicial Neutrality*, Carswell, 1987

EVALUATION OF HOMEMAKING SERVICES IN QUEBEC

*Bartha Knoppers**

1. INTRODUCTION

Current market figures set the value of homemaking services at $52,000 per year.[1] In Quebec, however, awards for homemaking services following divorce are rare, if not nonexistent.[2]

As early as 1978, Kenneth Cooper-Stephenson in an article entitled "Damages for Loss of Working Capacity for Women" stated:[2] "It is clear that the courts, dominated by male adjudicators, have been outdated in their approach to women in the labor force, and are out of touch with the current concept of the true value and role of women as homemakers".

In Quebec, since the reforms in family law of 1981 and 1982, the courts have been faced with the application of certain imperative provisions of law, provisions of public order applicable to all spouses irrespective of their marriage contract or any other arrangements made between them.[3]

Amongst these imperative provisions, two are particularly important with respect to homemakers: first, the mutual obligation to contribute toward the expenses of the marriage in proportion to respective means,

* Associate Professor of Law, University of Montreal

1 Vandelac et al., *Du travail et de l'amour: les dessous de la production domestique* (1985), Les Editions St Martin at 184. Based on "Rent-a-Wife" fees ($10.00/hour x 99.6 hours of work a week on a fee for services basis). This author asks whether the effective translation of such a labour of love into real market figures would finally enable women to be heard at a political level. Such reductionist monetary evaluations are, however, according to this same author based on dubious neo-classical grounds since they hide the distinct sex roles and functions of the male and female as well as the impact of such distinctions on salaries and on domestic and social reproduction. Indeed, in the case of death or injury of a homemaker, no juridical or economic evaluation of damages for loss of homemaking services has included procreation, its assets, liabilities and contingencies in the accounting and measuring process. Nor has the loss of homemaking capacity been seen as a loss to the woman herself of her own earning capacity, but rather one of her partner or children.

2 (1978-79), 43 Sask. L. Rev. 7 at 8.

3 See the Civil Code of Quebec, art. 440: in no case may spouses derogate from the provisions of this chapter, whatever the matrimonial regime; art. 441: the spouses have identical rights and obligations in marriage. They owe each other respect, fidelity, succour and

each spouse being able to "make his contribution by his activity within the home",[4] second, the possibility of the award of a compensatory allowance upon separation, death or divorce. This permits the court to award to either spouse, or to the surviving spouse, as compensation for his contribution in goods or *services* to the enrichment of the patrimony of the other an allowance, or the granting of a right of ownership, use, or habitation in the principal family residence.[5]

The first part of this paper will examine the interpretation given by the Quebec courts to this notion of compensation for "services", in particular for homemaking services.

The second part of this paper on the evaluation of homemaking services will attempt to outline current economic methods of evaluation and present alternative approaches. It is argued that current discriminatory awards for homemaking services reflect the socio-economic reality of women and perpetuate "a philosophy of inequality in job opportunity and remuneration in the labour force".[6]

2. THE UNDEREVALUATION OF HOMEMAKING SERVICES

In the absence of a definition of goods and services in the Civil Code of Quebec generally, the simple fact of marriage is not in and of itself sufficient to attract an award of a compensatory allowance when proof of an actual and direct contribution to the enrichment of the other spouse cannot be made.[7] The concept distinguishes the right to compensation from one based on an alimentary obligation as well as from one which arises from a right of ownership. The legislative intention, we must conclude, was both to create the possibility of awarding an indemnity at the end of a marriage above and beyond the alimentary equation of need and ability to pay and to mitigate the sometimes harsh effects of the matrimonial regime of separation as to property. This compensation is, however, limited to situations of proof of actual contribution, enrichment of the patrimony of the spouse and of a causal link between contribution and enrichment.

Enrichment being interpreted as economic, the first cases on the compensatory principle simply adopted the rationale of *Leatherdale v Leatherdale*, in spite of its common law origins, and thus refused compensation for domestic services.[8] The compensatory allowance was thus

4 Civil Code of Quebec, art. 445.

5 Civil Code of Quebec, arts. 459 and 559.

6 Cooper-Stephenson, "Damages for Loss of Working Capacity for Women", *supra* note 2.

7 *Droit de la famille — 170*, [1984] C.S. 1053. For an in depth analysis of the compensatory allowance in Quebec civil law generally, see Knoppers and McConomy, "Matrimonial Regimes in the Province of Quebec" in Bissett-Johnson and Holland (eds.), *Matrimonial Property Law in Canada* (1980).

Droit de la famille — 167, [1984] C.A. 1043; *Droit de la famille — 141*, Sup. Ct., St. [illegible] [1984-85] *Leatherdale v. Leatherdale* [1982] 2 S.C.R. 743 [one].

limited to cases of financial contribution[9] or the provision of services, for example, by way of work in the family business.[10] In fact, from its adoption in 1982 till 1985, judicial interpretation by the lower courts limited the award of a compensatory allowance to the homemaker spouse to those situations where only one spouse assumed the expenses of the marriage while the other used income for investment purposes,[11] or where only one assumed the domestic or childcare tasks, thus freeing the other to acquire greater capital.[12] Only homemaking services above and beyond the ordinary attracted compensation,[13] as art. 445 of the Quebec Civil Code mandated reciprocity and equality in the home.

This approach was confirmed in 1985 and again in 1986 by the Quebec Court of Appeal[14] for the following reasons: respect for contractual freedom (the aim of the allowance not being to substitute a division of assets for the will of the parties as expressed in their marriage contract of separation of property); absence of proof of the identifiable, quantifiable value of domestic services; and finally, absence of proof of a direct causal relationship between the domestic services and the enrichment of the patrimony of the other spouse. The Court of Appeal found the notion of calculating which domestic tasks exceeded one's marital obligations under article 445 C.C.Q. as repugnant but did leave the door open for compensation in some extreme cases where proof could be made. Thus, apart from the possibility of an exceptional case of "excessive" domestic services,[15] only contribution by means of a salary,[16] other economic contribution, or for services rendered in the business,[17] or professional life[18] of the other spouse will attract a compensatory allowance in Quebec.

Such judicial limitations on the recourse to the compensatory allowance as a means of recognizing the value of homemaking services undermine the goals of the equality reforms. Ironically, the legislature while proclaiming and mandating the equal rights and obligations of the spouses

9 *Droit de la famille — 141*, Sup. Ct., Montréal J.E. 84-553; see also *Droit de la famille — 212*, Sup. Ct., St-Hyacinthe J.E. 85-572 (spouse was wage earner but also did work on the house, made loans to husband and paid most household expenses which freed the husband to pay the mortgage); *Droit de la famille — 49* (1983), C.S. 996, *Droit de la famille — 67*, [1985] C.A. 135; *Droit de la famille — 42*, Sup. Ct., Montréal J.E. 83-486, *Droit de la famille — 246*, Sup. Ct., Québec J.E. 85-1034, *Droit de la famille — 158*, Sup. Ct., Montréal J.E. 85-722; *Droit de la famille — 144* (1984), C.S. 647 (on appeal), *Rocheleau v. Bathalon*, Sup. Ct., Drummond 405-04-000046-824, *Droit de la famille — 49* (1983), C.S. 996 (wife alone assuming household repairs and maintenance)

10 *Droit de la famille — 41*, Sup. Ct., Montréal J.E. 83-485 (wife working in husband's restaurant); *Droit de la famille — 166*, Sup. Ct., Beauharnois J.E. 84-861 (wife working on husband's farm), *Droit de la famille — 160*, Sup. Ct., Beauharnois J.E. 84-742 (wife acting as supervisor for husband's tenants), *Droit de la famille — 35* (1983), C.S. 49 (wife helping husband in butcher shop, washing uniforms, making meals for employees); *Droit de la famille — 147* (1984), C.S. 639 (wife helping husband in running of business); *Droit de la famille — 173* (1984), C.S. 1139 (husband received home on condition of taking care of his father and mother — task was undertaken by wife)

11 *Droit de la famille — 144* (1984), C.S. 646 (on appeal; wife working as secretary since the separation and sole supporter of the family)

12 *Droit de la famille — 147* (1984), C.S. 639, *Droit de la famille — 53*, Sup. Ct., Montréal J.E. 83-593; *Droit de la famille — 160*, Sup. Ct., Montréal J.E. 84-742

13 *Droit de la famille — 46*, (1983), C.S. 392, (40-year marriage, 6 children, wife took care of tenants, home repairs, foster children and the ailing parents-in-law), *Droit de la famille — 53*, Sup. Ct., Montréal J.E. 83-593, *Droit de la famille — 13* (1983), C.S. 42; *Droit de la famille — 144* (1983), C.S. 646 (on appeal), *Droit de la famille — 167* (1983), C.S. 1047

14 *Droit de la famille — 67*, [1985] C.A. 135 (only "exceptional" or "additional" services may attract compensation). Two of the three judges did however hold that art. 559 of the Code did not distinguish between the types of compensable "goods and services" and that domestic services were not excluded *a priori* and finally, that only enrichment was determinative. Thus, they left the door open for those extreme cases of domestic services beyond the ordinary where the enrichment could be shown. The case was affirmed in *Droit de la famille — 271*, [1986] R.J.Q. 687 at 696. The Court of Appeal did not qualify as exceptional the fact that the wife alone raised the four children, assumed all domestic duties and that the husband treated his wife as a maid. This was not denied by the husband before the court.

15 The most poignant case is *Droit de la famille — 288*, [1986] R.D.F. 380 (32 years of marriage, 2 children. The wife, though from a comfortable background, spent the first six years of marriage in a home without running water. The husband was absent during the week. She hauled wood, did his books on the weekend, sewed clothes for the whole family, kept a garden, furnished the home and maintained and cleaned it, washed on a scrubboard, until 1984, never went to a restaurant or on holidays, etc. The assets of the defendant husband at the time of divorce were $175,000).

The fact of being an "economical" and thrifty homemaker is not in itself sufficient even where the court recognizes that the family budget would have been much greater and where the spouse profits from the improved quality and standard of living such economy permits the family to acquire: *Droit de la famille — 1028*, [1986] R.D.F. 237, see also *Droit de la famille — 271*, [1986] R.D.F. 49, and *Droit de la famille — 1014*, [1986] R.D.F. 114 (34 years of marriage and 4 children, husband an alcoholic, wife alone assuming all homemaking tasks in addition to outside employment and other tasks such as sewing in order to earn income).

16 See the cases *supra* note 9.

17 See the cases *supra* note 10.

18 *Droit de la famille — 195*, Sup. Ct., Montréal J.E. 85-409; *Droit de la famille — 36*, Sup. Ct., Québec J.E. 83-436, *Droit de la famille — 158*, Sup. Ct. Montréal J.E. 84-722. According to a recent judgment of the Superior Court — Montréal 500-12-12838-835, September 1986 (unreported) — in the case where the father of the wife contributed to the payment of the husband's medical school expenses, the wife could not claim a compensatory allowance since she had "profited" from her husband's subsequent high income over a period of 15 years following his graduation. The court left open the possibility of a compensatory allowance in those cases where one spouse leaves the supporting spouse immediately upon graduation. According to this decision (at p. 24 of the unreported judgment) the licence to practice medicine does not constitute marital property: "Les connaissances académiques et le droit d'exercer une profession ne constituent certes pas un bien meuble au sens du *Code civil* du Québec."

In contrast, see *Droit de la famille — 1009*, [1986] R.D.F. 11 (20 years of marriage, 2 children; the wife, a nurse, worked outside of the home for the first three years of the marriage and then in the home for 17 years while the husband studied for 8 years after which his wife received his clients for business purposes and raised and educated the children alone thus freeing the husband to increase his patrimony. See also *Droit de la famille — 1011*, [1986] R.D.F. 109 (37 years of marriage, 4 children. While the husband was in medical school and after, the wife assumed all homemaking tasks as well as acting as secretary, telephone operator, receptionist and assistant in her husband's business interests). The most recent case, *Droit de la famille — 111*, Sup. Ct., Montreal J.E. 86-1050, considered the husband's medical degree as a contribution in goods and services, the diploma forming property that enriched the husband's patrimony.

and the obligatory joint contribution to the expenses of the marriage did not specify the meaning of "services" thus jeopardizing the homemaker's ability to receive value for such services. Judicial interpretation could have permitted a more equitable approach if the notions of services and enrichment had not been interpreted so narrowly.[19]

The real weakness of the Court of Appeal decision (and probably of the lawyers presenting the case) was its failure to make use of economic analyses quantifying the value of homemaking services. Nevertheless, even tables which quantify the value of homemaking services in mathematical terms fail to incorporate valuation for lost years, lost benefits, reduced income-earning potential and, most particularly, for the physical and mental cost of procreation.[20] All of this underlines the need to re-evaluate homemaking services.

3. THE RE-EVALUATION OF HOMEMAKING SERVICES

An examination of current equivalency tables for the market evaluation of domestic chores reveals no consideration of inequalities in the market place such as unequal pay. The methodology used to calculate their value incorporates existing biases[21] and reveals the need to look at alternatives, to negotiate a "new deal".[22]

Homemaking tasks are traditionally evaluated according to the replacement cost in the market place. Such an approach perpetuates male-female pay inequity and serves to underscore the chronic devaluation of "female" tasks.[23] This is illustrated by the fact that a housecleaner or an animal keeper will earn twice what a babysitter will earn. Furthermore, male domestic activities which only total 10-35 per cent of the activities of their spouse have a higher market value.[24] Thus, it pays 12 times as much to take care of the car, or 15 times as much to paint the house as to take care of a child in the same period of time.[25]

In addition, the multifaceted nature of homemaking is such that it

19 If, for example, child care or other professional services could be assessed separately from "contribution within the home" as per art. 445 (seen strictly as *domestic*-housecleaning/keeping services), it could be argued that the homemaker who, in addition to such domestic services, assumes alone the responsibility for the education, maintenance and other tasks related to the care of the children of the marriage exceeds her joint legal obligation to contribute "to the expenses of the marriage" and should be compensated for such "overload" where it can be shown that the spouse's patrimony increased accordingly

Note that art. 443 maintains that the "spouses *together* take in hand the moral and material direction of the family, exercise parental authority and assume the tasks resulting therefrom"

20 See Vandelac et al., *Du travail et de l'amour: les dessous de la production domestique* (1985), Les Editions St-Martin at 218

21 O. Hawrylyshn, *Estimating the Value of Household Work in Canada* (1978), Statistics Canada

22 *Ibid.*

23 Vandelac, *supra*, note 20 at 219

24 *Ibid.*, see tables at 219-38

cannot be adequately compensated under the replacement cost approach since it fails to incorporate other homemaking activities such as counselling, support, companionship, procreation, promotion of the other, not to mention intermittent hours, standby services, frugality, solicitude and so on.[26]

Another method of evaluation is the opportunity cost approach based on the supposed cost of withdrawal or of non-entry into the marketplace. Foregone market earnings form the basis of the valuation.[27] There are disadvantages and inaccuracies in this approach. Indeed, this approach may lead to overcompensation since individual preferences and subjective valuations are not taken into account.[28] On the other hand, the opportunity cost valuation may undercompensate as it fails to include other sociological and economic variables that enter into the decision not to enter or to withdraw from active employment in the marketplace.[29]

The third approach, after replacement value and opportunity cost is the market value method. It is calculated by comparing and measuring services with market wage rates for similar services based on input or output values. This method has been criticized for failing to consider whether an individual homemaker considers domestic tasks as work, hobby or leisure and consequently may result in overcompensation.[30] On the other hand, the market value approach incorporates societal devaluation of homemaking activities and ignores discrepancies between domestic and other forms of employment leading to undercompensation and low pay for domestic work across the board.[31]

All three approaches then are deficient. While providing some mathematical certainty they tend to incorporate existing biases and to perpetuate social and economic inequality. Are there other alternatives?

It would be possible to mix the approaches depending on whether the woman was a full-time or part-time homemaker.[32] For example, the market value based on a catalogue of services method could apply to the homemaker who worked in the home during the whole span of the marriage, but for a woman who leaves outside employment for homemaking, returning only after the breakdown of the marriage, or at a later date during the marriage, the opportunity cost approach would be more suitable.

Irrespective of the pattern chosen, it is essential that a method be

26 *Ibid.* at 214-15 and see Cooper-Stephenson and Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (1981) at 435. It should also be noted that in the general population, the norm is that more time is devoted to household activities by women than men and this even when both are employed outside of the home. See Bruce, *Assessment of Personal Injury Damages* (1985), "Household Services" at 255-68, and specifically at 266. While these two authors evaluate homemaking services following personal injury or fatal accidents, the same principles apply

27 *Ibid.* at 256

28 *Ibid.* at 258

29 Vandelac, *supra* note 20 at 224-26

30 Bruce, *supra* note 26 at 258-59

31 Vandelac, *supra* note 20 at 224-26

developed which includes opportunity cost in a way that reflects loss of earning capacity for the *individual* plaintiff based on her education, age and skills as well as regional unemployment rates. The loss of earning capacity would be calculated upon replacement value but based on male salary equivalents for those functions.[33] Direct and indirect contributions to the career of the other spouse, the number and age of children and loss of social benefits, pensions, sick leave and insurance schemes commensurate with years of service should also be taken into account. Such refinements to the current methods of assessment may at least effect a monetary change in the evaluation of the homemaking role by the courts.

4. CONCLUSION

It is ironic that family and homemaking, once considered the sanctuary of non-materialistic values may have to incorporate market ideology in order to gain respect and recognition for its unique function.[34] When discrimination and poverty are the price to be paid for homemaking, it is not surprising that women opt out of childbearing and childraising roles to seek economic security in the paid labour force.

In order to correct judicial bias inherent in the current depreciation of homemaking services and the economic welfare of homemakers (particularly where the spouses are married under the regime of separation of property), claims should be based on precise economic data and methodology. This would begin to rid the law of inequities and of the under-valuation of homemaking tasks caused by bias. At the same time, the real interests and purposes underlying such biases should be addressed on other fronts in an effort to restructure more fairly the roles of the sexes, their social functions and their economic valuation.

33 Cooper-Stephenson and Saunders, *supra* note 26 at 214

34 See Olsen, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform" (1983), 96 Harv. L. Rev. 1497

WOMEN AND EMPLOYMENT
5. CASE REFERENCES

The following cases represent a few examples of cases which can be usefully applied to custody and support actions and the issues raised in CASE #2.

1. Primary Caregiving Emphasis • Custody

Burgmaier v. Burgmaier (1986), 50 R.F.L. (2d) 1 (Sask. C.A.)

Despite a custody order to the father at trial, the appeal court assessed each parent's role in the rearing of the children, emphasized the father did not have "direct involvement in the daily parenting and in response to the immediate personal and emotional needs of the children", and ordered custody to the wife.

2. Primary Caregiver • Matrimonial Home • Custody

Catellier v. Catellier (1988), 51 Man. R. (2d) 22 (Q.B.).

Interim application. Husband had the matrimonial home and claimed status quo was with him. Wife had always been primarily responsible for the children. The more important attachment is to people not places. Court could not decide who was the better parent, but was able to determine parenting arrangement during cohabitation.

3. Primary Caregiver • Daycare • Mother Substitute with Remarried Husband • Custody

Klachefsky v. Brown (1988), 51 Man. R. (2d) 33 (C.A.)

Custody at trial to father, who was remarried, overturned on appeal. Daycare a fact of life. Whether an alternative caregiver is paid or unpaid cannot be decisive on what is best for the child.

4. Lost Economic Opportunities of Homemaker • Disparity in Income Levels • Support

Kuhr v. Kuhr (1984), 41 R.F.L. (2d) 262 (Man. Q.B.)

The wife left teaching to become a full-time homemaker and returned to work part-time 9 years ago. Unable to find full-time work. Support without time limitation ordered because of clear connection between marriage and wife's inability to be financially independent. Her seniority and career opportunities diminished by assumption of household opportunities. Substantial income and job security disparity between the parties.

5. Support • Children's Standard of Living • Effect on Spouse's Standard of Living

Jull v. Jull (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (Alta. C.A.)

Children have a right to an increased standard of living, in accordance with the earnings of their parents. This cannot be limited to the children so as to increase the children's standard apart from the mother who is the primary caregiver.

6. Support • Expert Evidence on Women and Employment Opportunities

Jarvis v. Jarvis, Unreported, June 13-16, 1983, (S.C.O.).

Monica Townson testified on the economic realities for women entering the labour force at 45 with a grade 12 education and no work experience for twenty-five years.

7. Standard of Living at Divorce • Support

Boisonault v. Boisonault, Unreported, Manitoba, Q.B. April 18, 1988, at p.7.

The goal agreed upon by the parties and adopted by the court was for the to strive to earn enough money to maintain the standard of living which she had at the time of the divorce.

8. Time Limit • Retraining • Support

Messier v. Delage (1983), 35 R.F.L. (2d) 337 (S.C.C. from Que.)

Time limited award struck down. Wife had retrained, but no employment available in her field. Variation could be applied for later.

D. SEXUAL ASSAULT
TRIALS AND SENTENCING

Page

ASE #3

acts 50.

scussion Issues

Part A: Trial Credibility Issues 50.

Part B: Sentencing Issues 51.

EFERENCE MATERIAL

Fact Sheet 52.

An Historical Social Context 57.

Rape Trauma Syndrome As Post-Traumatic Stress Disorder 59.

Did You Ask For It? 60.

A Woman's Experience 62.

Case References 64.

SEXUAL ASSAULT
TRIALS AND SENTENCING

CASE #3

FACTS

The woman in this case was raped in the living room of her apartment, where she lives alone. Other details will be provided in the video and later in PART B of the discussion.

SEE VIDEO
VIGNETTE
OF CASE #3

DISCUSSION ISSUES
CASE #3

PART A:
Trial Credibility Issues

1. On the basis of what you have been told and without actually making a credibility finding, what is your reaction to the following features of the victim's evidence. Do they tend to make you more or less sceptical or are they neutral factors?

   a) the delay in reporting the offence

   b) the fact she did not scream or run away or fight before the rape

   c) the fact she did not scream or run away or fight after the rape

   d) no physical injuries requiring medical attention

   e) helping the accused to get his clothes, walking him to the door, kissing him goodbye

   f) the victim's unemotional reaction and inappropriate laugh during her testimony

   g) her appearance

2. Would men fight, scream or run away if they were attacked in this manner? Are men's reactions ever used to measure the actions of female victims of sexual assault? What are women's reactions to sexual assaults? Are they the same as men's reactions?

PART B:
Sentencing Issues

For the purposes of the next discussion, consider that the sexual assault described in the vignette was separately committed by three different men with identical backgrounds (i.e. all first offenders, same family upbringing, education, employment, supports, personal traits, etc.) in three different sets of circumstances:

- by a stranger who broke into the victim's apartment
- by an acquaintance who was invited in after a date
- by the separated husband who was invited in to talk

Convictions have been registered in each case.

3. Are all of these offenses equally serious or are any more serious than the others? What is the impact on the victim when she knows her assailant? Is it generally more or less serious than an identical sexual assault by a stranger? Should the sentences be different?

4. Do acquaintance and spousal sexual assaults warrant increased penalties because of the "breach of trust" involved? In robbery and fraud "breach of trust" cases, is blame placed upon the victims for their error in judgement in trusting the perpetrators? Are sexual assault victims treated the same way?

5. Are all three of these offences violent? Are all rapes violent? Does the definition of violence depend upon how strong the person defining it is?

6. Are all sexual assaults coerced? If the victim is strong, the coercion might involve more force. If the victim is vulnerable, disabled, a child, or someone who knows and trusts the perpetrator, just the threat of physical force may be all that is required to coerce the offence. Is the issue the amount of force or is it the domination? If it is the former, does that mean that if an accused picks on a physically weaker victim, the penalty and therefore deterrent effect will be less? If so, what are the implications for the protection that different kinds of victims (e.g. men, women, disabled, children) will receive under the law?

SEXUAL ASSAULT
1. FACT SHEET*

Incidence

- Statistics Canada reports that in 1985, a sexual assault was reported in Canada every 25 minutes.[1]

- 90% of sexual assaults involve female victims.[2]

- 1 in 4 Canadian women will be sexually assaulted at some time in their lives.[3]

- Approximately 60% of all rapes take place in private homes.[4]

- A Winnipeg study revealed that 53% of women were raped by men they knew,[4] while a Canada-wide study found 41% of sexual assault victims knew their assailant.[2] Diana Russell's study found that the victim knew her attacker in 83% of the total number of rapes, including unreported rapes.[5]

- The men who sexually assault and the women who are victims are of all ages and from every cultural, racial, religious and socio-economic background.[12]

- 14% of women in marriages reported being raped by their husbands and 26% had been forced to endure some form of unwanted sexual activity with their husbands.[22]

Under-reporting

- A study in Winnipeg found that 90.7% of rape and sexual assault victims do not report the crime to the police.[3]

- A Canada-wide study found that 73% of sexual assault victims do not report the crime to the police.[3]

- In one study, only

  - 30% of rapes or attempted rapes by strangers
  - 12% of rapes by authority figures
  - 10% of rapes by boyfriends
  - 7% of rapes by relatives and family friends
  - 6% of rapes by lovers or ex-lovers
  - 2% of rapes by friends of the victim
  - 1% of date rapes

  were reported to the police.[22]

- 55% of rapes reported to the police involved strangers, but only 17% of the total number of rapes (including unreported rapes) were reported to the police.[24]

---

* Prepared by Donna Hackett, B.A. LL.B., April, 1990.

Of the sexual assault victims who do not report to the police, 44% state that it was because of fear about the attitudes of the police or courts toward this crime. One third of these women didn't report because of fear of revenge.[2]

A victim's decision not to report often stems directly from her knowledge of what may happen to her in court and from her awareness of societal attitudes toward rape which are reflected in the courts.[12]

Research on public attitudes to sexual assault has shown that 92% of respondents reported they thought a rape had occurred if a woman was attacked in a parking lot by a man who beat her and had sexual relations. Only 18.8% thought a rape had occurred if a woman dating a man was kissing or embracing in his apartment and when she said she wanted to stop, she was forced to have sex with him.[8]

In studies of acquaintance rape scenarios which were within the legal definition of rape, it was only when the violence reached the point of cutting the victim with a knife that *all* of the participants recognized that a rape had occurred.[23]

A Canadian jury experiment found that when randomly selected juries were exposed to two different versions of an event, one characterized as a robbery and one as a sexual assault involving the same witness, the robbery resulted in convictions by 9 out of 10 juries, whereas the sexual assault resulted in only 5 out of 10 convictions.[24]

In the jury study, the demeanour of the witness didn't affect female juror's votes, but it did affect male juror's votes.[24]

Statistics Canada reports that in 1985, police across the country considered 14.2% of the sexual assault complaints to be unfounded. Only 6% of all other reported criminal code offenses were considered unfounded. This can be compared with the American experience which had a nearly identical unfounded rape complaint rate of 15% across the country. When a special rape squad of female police officers was formed in New York City, the officers found that the rate fell to 2%.[4]

ıpact

Only 1/3 of female victims of sexual assaults defend themselves. Another 1/3 scream for help or run away and the remaining 1/3 try to reason with the offender.[2]

Only 50% of victims of rape react by sobbing, crying or by acting hysterically. The other 50% are calm, controlled and composed with their feelings hidden.[15]

1 in 5 rape victims attempt suicide whereas the non-victim rate is only 1 in 50.[5]

1 in 6 rape victims suffer a nervous breakdown as compared to 1 in 33 non-victims.[9]

- The emotional trauma of sexual assault is not always immediate and often results in long-term fear, depression and sexual dysfunction.[10]

- Violation of trust and the ongoing threat of a reoccurrence can make marital rape even more traumatic than stranger rape.[11]

- Women are most traumatized by being sexually assaulted by a casual acquaintance. The more the sexual attack resembles non-assaultive behaviour, the more the victim's future experience of sexuality and affection may be affected.[18]

- The Winnipeg study found that 87% of rape victims consulted no helping professional after the assault and 12% told no one at all.[3]

- As compared to other male and female victims, female victims of sexual assault have the highest level of fear for walking alone in their neighbourhood after dark.[2]

- In a cross-Canada study, higher proportions of women than men are fearful of walking alone in their neighbourhoods at night and women attend evening activities outside the home less frequently than men. This negatively affects women's quality of life.[2]

- 50% of women from across Canada report being afraid to go to areas within a mile of their residence at night, whereas only 16% of men have this fear.[25]

- Rape is a trampling of the mind, body and soul, the ultimate violation and is just before homicide at the end of the violence continuum.[23]

Contributing Causal Factors

- Socialization processes lead to pre-dispositions for sexual aggression against women. 20% of women in one study had been forced to have sexual intercourse and 50% of the men indicated that they had clearly pursued sexual activity against a woman's will.[12]

- 16% of 278 female university students in Manitoba reported that they were victims of rape or attempted rape and 23% had been victims of other forms of sexual coercion.[19]

- 60% of men in another study indicated they would use force to sexually assault a woman if they could get away with it.[12]

- A lesson in the predatory nature of these crimes is illustrated by a study of disabled women, which found that 47% had been sexually abused as children and 25% had been sexually assaulted as an adult. Most of these women were abused by their caretakers and they stated that their fear of resisting and reporting was based upon their dependence on the caretaker and fear of (re-) institutionalization.[20]

- Men who are exposed to pornography have a greater propensity to believe in sexually aggressive male roles and to be insensitive to the impact of sexual assaults on women, as compared to a control group of men not exposed to pornography.[21]

A study of convicted rapists and child molesters showed that 64% of homosexual child molesters, 86% of rapists, and 39% of heterosexual child molesters use pornography.[23]

55% of homosexual child molesters used pornography to instigate their crimes and 27% of heterosexual child molesters used it immediately prior to their offence.[24]

REFERENCES

Statistics Canada, 1985.

Solicitor General of Canada, "Female Victims of Crime," Bulletin 4 *Canadian Urban Victimization Survey*, 1985, p.3-4.

Julie Brickman and John Briere, "Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population" *International Journal of Women's Studies* (1980) Vol. 7, No. 3, p.197-198.

Susan Brownmiller, cited in Dianne Kinnon, *Report on Sexual Assault in Canada* (Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1981), p. 3 and 14.

Diana Russell, *Sexual Exploitation: Rape, Child Abuse and Workplace Harassment* (Beverly Hills: Sage, 1984), p. 35.

Lorenne Clark and Debra Lewis, Rape: *The Price of Coercive Sexuality* (Toronto: Women's Press, 1977); Diana Russell.

Toronto Rape Crisis Centre, "Rape," in *No Safe Place: Violence Against Women and Children* (Toronto: Women's Press, 1985), p.62.

Klemmack and Klemmack, cited in Christine Boyle, "Pre-Trial Decisions," *Sexual Assault* (Toronto: Carswell, 1984), p.129.

Elizabeth Stark, "The Psychological Aftermath," *Psychology Today*, Feb. 1985, p.48.

Canadian Family Physician, April 1985, Vol. 31.

David Finkelhor and Kersti Yllo, *License to Rape: Sexual Abuse of Wives* (New York: Holt, Reinhart and Winston, 1985), p.183; Diana Russell, cited in Melanie Randall, p.28.

Melanie Randall, "Violence Against Girls and Women" -- Child Sexual Abuse, Rape, and Wife Assault -- Exploring the Links, Prepared for the Ontario Women's Directorate, March, 1987, p.25, 26, 29, 32, 33, 35, 37.

Barbara Dominic and James Check "The Impact of Highly Aggressive Cues on Perceptions of Stranger and Acquaintance Rape Scenarios" 27 Can. Psychology, No. 2, 1986.

Nicholas Spanos, Psychologist, Carlton University, as reported in "Jury Experiments...", *Law Times*, March 19, 1990.

Rebecka Moscarello "Rape as Post-Traumatic Stress Disorder" Women's College Hospital, Toronto, September, 1986.

Gallup Poll, reported in the Toronto Star, April 20, 1990.

Morton Bard, Psychologist, in Patricia Marshall, "Sexual Assault, The Charter, and Sentencing Reform" 63 C.R. (3d) 216, p.221.

Christine Boyle, *Sexual Assault* (Toronto: Carswell, 1984) p.180.

19. James Check, "Curriculum Development Research Needs Assessment" 0 Attitudes and Behaviour Regarding Pornography and Sexual Coercion in Metropolitan Toronto High School Students," Feb. 24, 1986, p.9.

20. Joanne Doucette, "Violent Acts Against Disabled Women", Ontario Networking Conference Report, November 9-12, 1986.

21. W. L. Marshall, "The Use of Pornography by Rapists and Child Molesters," Queen's University for the Department of Justice, pg. 10-11.

22. Diana Russell, 1982, p.2. 74 in Melanie Randall, p. 25, 29.

23. Patricia Marshall, "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform", 63 C.R. (3d.) 216, p. 218, 221.

24. Nicholas Spanos, Psychology Dept. Carleton University, Law Times, March 19-25, 1990.

25. Gallup poll, Toronto, Star, April 1990.

SEXUAL ASSAULT
2. AN HISTORICAL SOCIAL CONTEXT

Wigmore in his famous book on evidence states:

> "Modern psychiatrists have amply studied the behaviour of errant young girls and women coming before the courts in all sorts of cases. Their psychic complexes are multifarious, distorted partly by inherent defects, partly by disease derangements or abnormal instincts, partly by bad social environment, partly by temporary psychological or emotional conditions. One form taken by these complexes is that of contriving false charges of sexual offences by men ..."[1]

He also wrote as follows:

> "[sexual offences ought not to] go to the jury unless the female complainant's social history and mental make-up have been examined and attested to by a qualified physician."[2]

his development of the law was related to attitudes at that time which had rejected me of Freud's early work. He had concluded that his female patients who claimed at they had experienced incest had in fact done so. However, as a result of the j[illegible]on of his work, it is reported that Freud changed his belief in these claims into a eory of fantasies in the minds of his female patients. The theories and attitudes of igmore, Freud and others at that time, which have since been found to be totally justified,[3] unfortunately left an imprint on our social and legal institutions and ntributed to the socialization of men and women to mistrust reports of sexual assaults ich continues to the present day.

For example, the doctrine of recent complaint provided that evidence of a man's complaint of rape could be admitted into evidence provided that the complaint s made at the first reasonable opportunity after the offence. In other offences, this idence was not admissible because it would, in the words of Christine Boyle, be perfluous".[4] Boyle describes that the recent complaint doctrine, developed in the eudian-Wigmore climate as follows:

> "To judges charged with developing the law of evidence with respect to rape complaints, there was every reason to doubt the word of the

---

J. Wigmore, Evidence in Trials at Common Law, rev. ed. (1970), par. 924a) at 736.

Ibid at 737.

F. Rush, "A Freudian Coverup", The Best Kept Secret: Sexual Abuse of Children, 1980.

Boyle, Sexual Assault, (Toronto: Carswell, 1984), p. 14.

witness, and thus, evidence of immediate complaint was required to rebut the strong presumption of fabrication."[5]

It is clear from statistics on underreporting, that rather than report early, women are more likely not to report at all. Failing to report is indicative of the trauma they have already experienced and their fear of further trauma caused by generally disbelieving attitudes.[6] Consequently, the assumption that women would report early if they were telling the truth prejudiced these victims' ability to access justice.

Other examples of this tendency to disbelieve sexual assault victims can be found in the old rule of corroboration which was based upon the notion that victims of sexual assault (primarily women) were inherently more unreliable, and therefore in need of some other supporting evidence in order to sustain a conviction. This rule was abolished in 1975. However, the assumption lingered in discretionary charges to the jury which were frequently given. The result was that a woman whose evidence alone would be able to sustain a conviction in a robbery, break and enter or murder trial, would face a jury warning in a sexual assault case that it would be dangerous to convict on her word alone.

In 1983, the doctrine of recent complaint and this particular corroboration jury charge were removed from our criminal law, and it became a crime for a man to sexually assault or rape his wife. The parliamentary debates at the time indicate that these changes were made in order to provide more equality for women under the law.

At the same time, Parliament also enacted a law to control the historic extensive cross-examination of the past sexual conduct of victims of sexual assault. Cross-examination of robbery and break and enter victims about previous robberies and break and enters not related to the incident before the court, would be quickly met with objections and directions to return to relevant questions. The thrust of this change was to make this same approach applicable to sexual assault victims, except in exceptional circumstances enumerated in the Criminal Code.

Despite these recent legislative changes, there is evidence that the attitudes underlying the old rules still remain. For example, in one case, a late complaint was used to mitigate a sentence, when the delay could have been seen as a reflection of the extent of the trauma and therefore a reason to aggravate the sentence. [7]

---

5 Ibid., p.14.

6 See preceeding Sexual Assault Fact Sheet.

7 R. v. R.J.P. Can. Sent. Dig. 92-10 (Y.T.C.A.)

SEXUAL ASSAULT
3. RAPE TRAUMA SYNDROME AS POST-TRAUMATIC STRESS DISORDER

ACUTE PHASE: DISORGANIZATION

- confusion and disorganization of lifestyle
- immediately following rape for several days to several weeks

1. Impact Reaction - during and immediately following the rape
   - shock
   - disbelief
   - denial
   - terror of being killed
   - helplessness
   - powerlessness
   - loss of control

Clinical Presentation - immediately following to hours

- 50% Expressed Style: fear, anger, anxiety, terror, sobbing, crying, hysterical
- 50% Controlled Style: calm, controlled, composed, beneath which feelings are hidden

Somatic Reactions - immediately following rape to several weeks

- due to direct physical trauma
- due to acute stress reaction (flooding of the autonomic nervous system)

Physical trauma

- soreness specific to the assault (genital area, breasts, legs, thighs, etc.)

Skeletal muscle tension

- generalized aching, discomfort
- headaches

Gastrointestinal irritability

- nausea-thinking of the rape
  - -M.A.P. (morning after pill)
  - -fellatio
- abdominal pain
- decreased appetite

Genitourinary disturbance

- vaginal pain, burning, discharge
- chronic vaginal pain may become a complication

Emotional Reactions - following rape, days to weeks to months

Shock and disbelief
Denial
Fear and terror
Helplessness and powerlessness
Shame
Guilt
Self-blame
Anger and revenge/fear of return of assailant

4. Behaviourial and Cognitive Reactions
   - Fear of being alone
   - Startle reaction/hypervigilance
   - Intrusive thoughts
   - Flashbacks
   - Feeling detached
   - Difficulty concentrating
   - Sleep dysfunction
     - difficulty getting to sleep
     - difficulty staying asleep
   - Appetite dysfunction

LONG-TERM PROCESS: REORGANIZATION

- to restore order to lifestyle
- to re-establish sense of self-esteem, self-worth and sense of control in the world
- duration is several weeks to two or three years, to a lifetime

1. Affects:
   - depression (may become chronic)
   - fear, anger, loss of self-esteem and self-worth
   - anxiety
   - feeling numb
   - feeling detached from family and friends

2. Lifestyle Changes:
   - 50% move place of residence
   - change telephone number
   - recontact family

3. Sleep Pattern Disturbance:
   - difficulty getting to sleep
   - nightmares
   - awakening at time of assault especially if assaulted in own bed

4. Fears and Phobias:
   - of being alone
   - of returning to site of the assault
   - of return of the assailant
   - hypervigilance
   - startle reaction

5. Cognitive Reactions:
   - difficulty in concentrating
   - difficulty in performing routine activities and work
   - flashbacks and intrusive thoughts with or without triggering stimuli

6. Sexual Dysfunction:
   - resuming sexual life may be difficult (virgin especially difficult)
   - repulsion, vaginismus, dyspareunia

Ref: Rape Trauma Syndrome
Burgess and Homstrom, 1974

Dr. Rebeka Moscarello, Psychiatrist,
Women's College Hospital, Toronto,
Sexual Assault Care Centre
September, 1986.

Editorial note: Not all women experience rape the same way. An absence of any of these features does mean that the rape did not occur.

SEXUAL ASSAULT
4. DID YOU ASK FOR IT?

The following is a mock cross-examination of a robbery victim. Consider the relevance of these questions in relation to the relevance of similar questions during a cross-examination of a victim of sexual assault. Is there a difference? If so, why?

"Mr. Smith, you were robbed on the corner of First and Main?"
"Yes"

"Did you struggle with the robber?"
"No."

"Why not"
"He said he would kill me."

"Then you made a conscious decision to comply with his demands rather than resist?"
"Yes."

"Did you consent to giving this money away?"
"No."

"Did you scream? Cry out?"
"No. I was afraid"

"I see. Have you ever been held up before?"
"No".

"Have you ever given money away?"
Yes, of course."

"And you did so willingly?"
"What are you getting at?"

"Well, let put it like this, Mr. Smith. You've given away money in the past. In fact you have quite a reputation for philanthropy. How can we be sure you weren't contriving to have your money taken by force?"
"Why does that matter?"

"What time did this holdup take place?"
"About 11pm."

"You were out on the street at 11pm? Doing what?"
"Just walking."

"Just walking? You know that it's dangerous being out on the street late at night alone. Weren't you aware that you could have been held up?"
I hadn't thought about it."

What were you wearing?"
Let's see a suit. Yes, a suit."

An expensive looking suit?"
Well--yes."

In other words, Mr. Smith, you were walking around the streets late at night, alone, in that practically advertised the fact that you were a good target for some easy money, isn't that so? Weren't you asking for this to happen?"

SEXUAL ASSAULT
5. A WOMAN'S EXPERIENCE*

June 6. 1988

Dear A.M.

I am doing as you suggested and writing down my feelings. I was surprised at how hard this would be but I know it will help me visualize my feelings. So here goes.

John was a co-worker and I was attracted to him and I was very lonely. He was in a strange mood one day and I sensed something was wrong but I didn't trust my feelings and I went out with him after work. We went for a drink and ended up having too many and then went to my place. Again I didn't trust my feelings which is causing me much guilt. We began necking and for a very short time I considered having sex with him but something was telling me that I should get this man out of my apartment right away. He was becoming forceful and I was feeling like he was getting out of control...not a passionate out of control but an angry out of control. I quietly and ever so politely asked him to leave but he didn't seem to hear me. I demanded he leave in a less than polite way and this is when he really went crazy. I could see the rage in his eyes and he no longer was the man I knew and was attracted to.

He pushed me to the floor and said if I didn't do what he asked he would kill me and I believed him with all my heart. He told me to take my clothes off and I did. He smelled each piece as I removed it. Then he took off his clothes. He forced his penis into my mouth until I started to gag and then said that this wouldn't work. He laid on top of me and pushed his penis up into my vagina until I thought he was going to rip me apart. It hurt more than anything than I'd ever imagined. When this didn't make him ejaculate he pushed his penis into my anus but it wouldn't go in very far. Thank God because I think he would have deformed me for life. Then he tried my vagina again and this finally made him orgasm. He lay there on top of me breathing deeply which seemed like for hours until he began to cry. God I hated him and wished he would die. Some part of me was feeling pity for him and I resented this. I begged him to leave and he got up from me and began to dress saying wasn't that good. He really seemed to believe I enjoyed it. I screamed for him to get out and he became angry again and repeated his threat to kill me if I told anyone. No one would believe a slut like me anyways he said. He finally left.

I lay there on the floor and cried for a good hour and then jumped in the shower to wash his vile smell off of me. I scrubbed my skin until it was raw. My vagina was numb and I was bleeding slightly. Then the phone rang. I let it ring and ring and

---

* This letter has been reproduced by the Barrie & District Rape Crisis Centre with the permission of the victim on the condition that she remain anonymous.

then picked it up. It was him. He pleaded with me not to tell anyone that it would ruin his career but this time I didn't feel sorry for him. But I was damned scared so I called the police. Two huge police officers arrived shortly and took my statement. They seemed bored through the whole thing. Then I went to the hospital. The doctor and nurse seemed annoyed that they had to do this examination on me and were angry that I had showered. It took 3 hours for them to examine me and it really hurt when they did the vaginal exam. No one asked how I was feeling emotionally and no one seemed to give a damn how I felt. I didn't get home until daylight the next day and tried to sleep but I couldn't. I called into work and couldn't believe that he was at work and hadn't been arrested yet. I talked to my boss and told him what had happened and he also seemed annoyed. His answer was to transfer the guy. As if that would take care of things. He kept asking me questions like why did you go out with him, why didn't I fight harder. The guilt was beginning to get overwhelming.

My parents came over later that day and were very loving but had all the same questions and their answer was to forget about it and go on with life. The police came over again and questioned me for 3 hours. They didn't seem to believe me. They had talked to John and he said we'd had a wonderful time and then had sex. He told them that I got upset when he suggested we use a condom because of the AIDS scare. He was so angry that he'd really thought of everything. It was only because I kicked up such a fuss that they pressed charges.

The courtroom procedures are a complete blur to me because I have no idea what went on. No one kept me informed, no one asked my opinion, no one gave a damn. John eventually pleaded guilty to a reduced charge without me even knowing. I didn't do a victim impact statement during the sentencing and he was given 9 months. At this point the crown asked me how I felt about things but it sure was too late.

Another victim in the courtroom gave me your number and I called you immediately. I've lived here in Barrie all my life and I couldn't believe I didn't know we had a Rape Crisis Centre. If only I knew about you before maybe I could have spared myself a lot of pain and confusion. It has been two years now since I was raped and John will be out of jail next week. I have gotten over many of my fears but they are beginning to resurface due to his impending release from prison.

I feel as if this has ruined my life but society treats it as if it is an inconvenience and after all it was mostly my fault anyways. This hurts more than I can describe. My friends have given up on me and my family still want me to forget about it but I can't. I still have not had sex since and can't even imagine ever enjoying it again. Will I ever be a whole woman again? Will I ever be able to cope as well as you do? Will I ever sleep again? Please help me go on living. I really need someone who understands. Am I asking for too much?

Sincerely

****

SEXUAL ASSAULT
6. CASE REFERENCES

The following cases represent only a few examples of cases which can be usefully applied to sexual assaults and the issues raised in CASE #3.

1. Good Character • Breach of Trust • Sentencing

R. v. Spiller (1969), 4 C.C.C. 211 (B.C.C.A.)

Half-million dollar fraud. Good character rejected because it enabled her to commit the crime. Ineptness of bank not relevant.

2. Seriousness of Stranger and Non-Stranger Sexual Assaults • Breach of Trust • Sentencing

R. v. Gleason (1986), Can. Sent. Dig at 92-1 (Y.T. Terr. Ct.)

The court rejected the proposition that a sexual assault by friend or spouse is less serious. Trust led to opportunity and was an aggravating factor.

3. Longlasting Harm Assumed • Rape

R. v. Sandercock (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (Alta. C.A.)

In rapes, the tradition is to assume notable psychological or emotional harm aside from physical injury. If the assumption is challenged, then the Crown must prove it. This harm includes fear, self-blame, violation, outrage, and a lingering sense of powerlessness which destroys a sense of personal security.

4. Security of the Person • Rehabilitation • Sentencing

R. v. Baillie (1985) Can. Sent. Dig. 92-8, (O.C.A.)

Too much emphasis on rehabilitation. Women must be free to walk the streets safely.

5. Sexual Assaults • Sentencing Trends

R. v. Glassford (1988), 42 C.C.C. (3d) 259 (O.C.A.)

The trend is to longer sentences for sexual assaults.

6. Victim Blaming • Offender Responsibility • Sentencing

R. v. Atlin (1986), 1 Y.R. 21 (Y.C.A.)

Complainant's drinking led to a risk which the trial judge said mitigated the sentence. On appeal, held the complainant's exposing herself to risk is not a factor on sentencing.

R. v. Sandercock (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (Alta. C.A.)

Negligence of the victim as to her safety is generally not relevant. The blameworthiness of the offender is not in the least diminished by victim providing an opportunity for the crime. It is surely not provocation for a woman to be attractive or prettily attired. Sexual arousal is not the same as arousal to seek sexual satisfaction by violence.



E. THE CREDIBILITY OF WOMEN IN THE COURTS

Page

CASE #4

Facts 67.

Discussion Issues 68.

REFERENCE MATERIALS

1. An Historical Social Context - Women, Words and the Courts 69.
2. Two Judicial Perspectives 73.
3. References 75.

THE CREDIBILITY OF WOMEN IN THE COURTS

CASE #4

FACTS

Near the end of a major two week civil Supreme Court trial, the presiding judge asks counsel into chambers to discuss some scheduling difficulties. Counsel for the plaintiff is a senior male lawyer who knows the presiding judge both socially and professionally. Counsel for the defendant is a junior female lawyer. Both counsel have excellent reputations as trial lawyers. They only know each other in a professional capacity.

SEE VIDEO
VIGNETTE
OF CASE #4

DISCUSSION ISSUES

CASE #4

1. What would your reaction be if you were the judge in this real example? Laugh with your friend? Do nothing? Challenge the action?

2. If the woman reacted by yelling or very forcefully admonishing counsel, how would it affect your view of her? If the woman laughed along with the male lawyer, how would that affect your view of her? What should her reaction be? Should she show a little tolerance and a sense of humour? Should she make an issue of it? Does she have a choice? Could it affect her credibility or her client's position?

3. Does the action of the male lawyer affect his credibility? Would he have been as likely to do this in a predominantly female environment?

4. What other issues are raised in the vignette?

5. In general, what should a judge do when faced with more subtle sexist remarks or actions in the courts? What are the consequences for women as witnesses, litigants, staff, lawyers or accused? Does it impact upon the appearance of justice?

6. Should the courts use only gender neutral language which includes everyone and does not distinguish people on the basis of sex? How do you react when someone uses "he" in the generic sense? How do you react to someone who uses "he or she"? How do or would you react to someone using "she or he"? Is inclusionary language a distinction without a difference or a way to contribute to the equal recognition and treatment of women in the courts?

THE CREDIBILITY OF WOMEN IN THE COURTS
1. AN HISTORICAL SOCIAL CONTEXT
WOMEN, WORDS AND THE COURTS

The following example is an indication of how preconceived notions about women can affect judicial decisions. *In re French* (1905), 37 N.B.R. 359, Mabel French was prevented from being admitted to the bar of New Brunswick because a woman was not a "person" within the meaning of the enabling legislation. In coming to this conclusion, Mr. Justice Barker stated at page 365-66:

> "...the civil law, as well as nature herself, has always recognized a wide difference in the respective spheres and destinies of man and woman. Man is, or should be, woman's protector and defender. The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood... The paramount destiny and mission of women are to fulfil the noble and benign offices of wife and mother"

A simple word like "person" in the context of these attitudes had a profound impact on women and led to the exclusion of Clara Brett Martin, Mabel French, Annie Langstaff and others from the legal profession throughout Canada, until legislative changes could be brought about.[1]

A similar result occurred in the Edward's case when Nellie McLung et. al. petitioned a reference on whether or not the word "person" in the *British North America Act* included women in order that women could become senators. The Supreme Court of Canada held that women were not "persons" and it was not until 1929 when the case was appealed to the Privy Council that women became "persons".

Consider the historical context of the following words, their meaning, and their implications for women.

He

> "When the pronoun he is used to refer to a person of indeterminate sex, the grammatical justification is that he is being used generically. The eighteenth-century grammarians who prescribed he to cover both he and she were borrowing the usage from the then current common law practice of

---

1 Mary Jane Mossman, "Portia's Progress" - Women as Lawyers, Reflections on the Past and Future", Law Society of Canada Continuing Education Program, May 13, 1986.

coverture. This doctrine depends upon the assumption that women are inferior to men, and therefore in need of male protection...In the past, therefore, the generic he was not only grammatically correct but legally precise as well. Legally speaking a woman's existence as an individual ceased on her wedding day, and this view of women as weak, helpless, infantile, and incomplete without a male protector haunts women to this day."[2]

"He/man makes males linguistically visible and females linguistically invisible. It promotes male imagery in everyday life at the expense of female imagery so that it seems reasonable to assume the world is male ... It reinforces the belief of the dominant group that they, males, are the universal, the central, important category so that even those who are not members of the dominant group learn to accept this reality. It predisposes us to see more male in the world we inhabit, so that we can, for example, project male images on to our past and allow females to go unnoticed; we can construct our theories of the past, including evolutionary ones, formulating explanations that are consistent only with male experience...He/man also makes women outsiders..."[3]

Mrs., Miss AND Ms.

"although the courtest title Mrs. has been around since at least 1582..., it is only fairly recently that it has been used to signal marital status. Originally, Mrs., Mis., and Miss. were all abbreviations for Mistress and were originally pronounced just like mistress, not like mis-sis or mi-siz. All three were equivalent to the masculine courtesy title master and were used before the names of young and old, married and unmarried females when they had no superior title. In this earliest period someone might have written of "Mrs. Mary, who is seven years old" and not raised an eyebrow because all the writer intended to convey with Mrs. was that Mary came from a respectable family. However, some time in the 17th century mistress and its abbreviations, like many terms applied to women, acquired derogatory meanings like "concubine" and even "prostitute". Forms attached to proper names as titles of respect escaped this connotation however, but in the process they acquired a pronunciation different from that of mistress. In this period the word mistress split into two abbreviations used to signal age: Mrs. for all adult

---

Merriellyn Kett, How to Avoid Sexism, p. 15.

D. Spender, Man Made Language, (London, Boston and Henley: Routledge and Kegan Paul, 1980) at p. 139.

> 17th century mistress and its abbreviations, like many terms applied to women, acquired derogatory meanings like "concubine" and even "prostitute". Forms attached to proper names as titles of respect escaped this connotation however, but in the process they acquired a pronunciation different from that of mistress. In this period the word mistress split into two abbreviations used to signal age: Mrs. for all adult women married or not and Miss. for all female children. It was not until the beginning of the nineteenth century that Mrs. signalled marital status, not age. You'll recall that Mrs. Bridges, the cook on the television program 'Upstairs, Downstairs', had never been married. Mrs. was simply a title of respect affixed to her name as a sign of her status and age...
>
> The rationale behind (the use of Ms.) was explained in the first issue of Ms. magazine which appeared in the spring of 1972:
>
> > 'Ms. is being adopted as the standard form of address by women who want to be recognized as individuals, rather than being identified by their relationship with a man."[4]

These cases and words illustrate that language is not neutral and that it is continually evolving as society changes. In a very interesting article, Karen Busby connects the historic dominance of men within the legal system to the maleness of legal language and explores the effect this has on women and the law.[5]

Language can include and exclude individuals and needlessly distinguish people on the basis of sex, reinforce outdated gender roles and emphasize irrelevant personal characteristics. The next page provides a list of terms that are commonly used in court and some options for your consideration.

---

4 Kett, op.cit., p. 81 and 84.

5 Karen Busby, "The Maleness of Legal Language", Manitoba Law Journal, p. 191.

SOME TERMS	SOME OPTIONS
lady lawyer, female doctor etc.	lawyer, doctor, etc.
madame clerk	clerk
madame registrar	registrar
he (as a generic pronoun)	he or she/she or he
young lady	counsel/witness, etc.
dear	counsel/witness, etc.
reasonable man	reasonable person
girl(s) (for female(s) of age)	woman/women
my girl (for secretary)	my secretary
policeman/policewoman	police officer
bu[illegible]nessman	business executive, manager merchant
male secretary	secretary
housewife	homemaker
man and wife	husband and wife or man and woman
mailman	mail carrier
foreman	supervisor
manpower	labour force, workers or workforce
spokesman	speaker
stewardess	flight attendant
workman	worker
adies & gentlemen of the jury	members of the jury
irst name for female witness	use same method to address everyone in court

THE CREDIBILITY OF WOMEN IN THE COURTS
2. TWO JUDICIAL PERSPECTIVES*

HON. MYRIAM ALTMAN, Acting Supreme Court Justice, New York County.

Before becoming a judge I was a law secretary for many years. Often I had to deal with male attorneys using terms of endearment to me which were both disrespectful and patronizing. Even after becoming a judge, I still have to deal - and I know from my female colleagues that this is a very common problem - with attorneys who call me "dear" and "honey" and "pal", and use other terms of intimacy or familiarity which are completely inappropriate, and which they would never use with a male judge.

My conclusion from these experiences is that there are still many men who see women first as women, then as attorneys or judges, whereas when they see a man, they see him in terms of his professional role.

The kind of verbal liberties that many men take with women in the courtroom, and indeed, sometimes physical liberties, as in head pats and other patronizing gestures, are not simply annoying or offensive, although that is certainly a reason for wanting to eliminate them. They also reflect on a woman attorney's, witness' and litigant's personal and professional integrity, and, of critical importance, her credibility.

I believe that a judge has an affirmative obligation to set a tone in her or his court room which makes it clear that gender is irrelevant, and I think there are ways we can do this without making a scene, but making the point clearly.

For example, I have always objected to the situation in voir dire where an attorney asks men a straightforward question, "Are you married?" but says to a woman juror, "Is it Miss or Mrs." I head this off by making clear that I address all female jurors as "Ms.," which cues the male attorneys to the fact that with respect to the women jurors, and to any other women participating in the trial, including myself, I expect them to behave in a professional, gender neutral manner.

I think it's important to realize that many men in practice and on the bench came of age before women were professionals in any numbers and before there was such a thing as "women's rights" law. Their education on these issues has to come on a day-by-day basis. The courtroom environment which we as judges create can be a significant fact in furthering that education.

---

* Remarks given at a judicial education program entitled "Practical Trial Problems Involving Women In The Legal System", New York State Judicial College, August 5, 12, 1982, as printed in materials from the National Judicial Education Program Equality for Men and Women in the Courts.

HON. STANLEY SKLAR, Acting Supreme Court Justice, New York County.

When I was still in private practice, I was specifically exposed to consciousness raising, and for the first time it made me think about women as an equal group with separate problems. That some of these problems still exist and that there are specific difficulties faced by women in the legal system was borne home to me again earlier in the year when I attended a New York Women's Bar Association panel called "Sexism in the Legal Profession - Effective Strategies for Coping."

The discussion focused primarily on courtroom experiences and how these women felt they were being perceived and treated. Many of the things they mentioned were obvious, and probably most judges here today, male and female, could have anticipated their main points. But what struck me most forcefully throughout this meeting, was the intensity of the attorney's feelings about the way they were treated as professionals and how they felt unfairly excluded from the formal and informal networks which operate in the legal and judicial systems.

THE CREDIBILITY OF WOMEN IN THE COURTS
3. REFERENCES

In a New York task force study [1], the most commonly cited types of inappropriate conduct experienced by female lawyers were:

- being addressed in familiar terms
- being subject to comments about personal appearance
- being subject to remarks and conduct that degrade women and verbal or sexual advances.

Male attorneys were viewed as more frequent offenders than judges and court personnel.

In a recent case in Nova Scotia where the parties were Dr. X and her ex-husband, Dr. Y, the judge made a specific inquiry as to whether or not the woman's name was Dr. X, but then proceeded to call them Mrs. Y and Dr. Y consistently throughout the trial.[2]

As a result of one American judicial program, the judges who attended later reported an increased awareness of the negative impact of various behaviours towards women which they had not noticed or understood before. They also reported that they now acted to intervene and stop this demeaning behaviour.[3]

In one study, 61% of female lawyers, but only 24% of male lawyers reported hearing judges use inappropriate forms of address (e.g. sweetheart, young lady, pretty lawyer, or first names for women when men were addressed by surname or title).

In the New York task force study[4], the bench, bar and lay members concluded:

> "Women's lack of credibility is apparent in the way they are treated in the courthouse and in the judicial decision-making process. Women are sometimes treated dismissively, like burdensome children, or disrespectfully, like sexual objects."

---

1 Summary Report of the New York Task Force in the Courts (1986) at p.30.

2 C. Boyle and S.W.Rowley, "Sexual Assault and Family Violence: Reflections on Bias" in K. Mahoney and S. Martin, Equality and Judicial Neutrality, (1986) at 318.

3 L. Hecht Schafran, "Educating the Judiciary About Gender Bias" in Womens Rights Law Reporter, (1986) Vol. 9 No. 2 at p. 116-120.

4 Ibid

The study went on to recommend that judges should:

> "1. Monitor behaviour in courtrooms and chambers and swiftly intervene to correct lawyers, witnesses, and court personnel who engage in gender-biased conduct.
>
> 2. Ensure that official court correspondence, decisions and oral communications employ gender neutral language ..."

In Canada in 1989, women lawyers earned on average $44,000 and male lawyers earned on average $86,000. After adjusting for all variables (e.g. years after call etc.), a gap of $20,000 was unaccounted for and led to the conclusion in the study that women do not earn as much as men even when they practise in traditionally male areas, gain experience or become partners.[5]

John Hagan and Marie Huxter, in a presentation of the results of their research through the Sociology Department of University of Toronto, as presented to The Canadian Bar Association of Ontario Convention on "Women and the Law", Feb. 6, 1988.

Document: 860-265/005

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION CANADIENNE
DES JUGES DES COURS PROVINCIALES

Les préjugés eu égard au sexe ont-ils libre cours dans votre salle d'audience?

Avec la collaboration
du Centre canadien de la magistrature

QUÉBEC (Québec)
Du 12 au 15 septembre 1990

VEUILLEZ NOTER

Ce document est distribué par le Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes (SCIC) à des fins éducatives et informatives seulement. Il est interdit de l'utiliser à mauvais escient, de le vendre ou de s'en servir à des fins commerciales. Il est également interdit d'en reproduire le contenu pour des fins autres que l'éducation ou l'information, à moins d'avoir obtenu au préalable l'autorisation du SCIC.

Centre de documentation intergouvernementale (CDI)
C.P. 488, succursale "A"
Ottawa (Ontario) K1N 8V5

INDEX

		Page
A.	Égalité des sexes	1
B.	La violence conjugale, les poursuites criminelles et les poursuites relatives à la garde des enfants	10
C.	Les femmes et le travail : les poursuites relatives à la garde des enfants et en paiement d'aliments	36
D.	Les procès pour agression sexuelle et la détermination de la peine	61
E.	La crédibilité des femmes devant les tribunaux	84

A. ÉGALITÉ DES SEXES

	Page
Sujets de discussion	2
Définition de l'égalité des sexes	2

DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE

1.	Contexte historique de l'article 15 de la Charte	3
2.	Incidence de l'affaire Andrews c. Law Society of B.C. sur l'article 15	6

ÉGALITÉ DES SEXES

Sujets de discussion

1. Quelle est la signification de chacun des termes soulignés ci-après, qui figurent à l'article 15 de la Charte?

   égalité devant la loi
   protection égale de la loi
   égalité de bénéfice

2. Quelle différence y a-t-il entre le critère de la "situation identique" (égalité formelle) et le critère de l'"égalité de résultat" (égalité véritable)?

3. Quel sens la Cour suprême du Canada a-t-elle donné à l'article 15 dans l'affaire Andrews c. Law Society of B.C.?

Définition de l'égalité des sexes

Geste ou décision fondé non pas sur des idées préconçues quant aux rôles ou aux comportements des sexes, mais sur une évaluation juste et informée de la valeur de chaque personne ou de chaque situation.

ÉGALITÉ DES SEXES

1. CONTEXTE HISTORIQUE DE L'ARTICLE 15 DE LA CHARTE

Extrait de l'ouvrage de Gwen Brodsky et Shelagh Day intitulé La Charte canadienne et les droits des femmes : Progrès ou recul?

Deux jugements rendus pendant les années 70 ont clairement démontré que la clause d'égalité de la *Déclaration canadienne des droits* ne pouvait aider les femmes. Ces affaires tristement célèbres sont *P.G. du Canada c. Lavell*[19] et *Bliss c. P.G. du Canada*[20].

Dans la première, deux femmes, Jeanette Lavell et Yvonne Bédard, contestaient l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens*[21], qui prévoit que les Indiennes qui épousent des non-Indiens perdent leur droit à l'inscription, tandis que les Indiens qui se marient avec des non-Indiennes le gardent et, en fait, le donnent à leur épouse. Cette disposition avait privé Mmes Lavell et Bédard de l'appartenance à la bande ainsi que de tous les droits correspondants, notamment le droit de vivre dans la réserve et d'y être propriétaires. Les deux plaignantes affirmaient que la disposition constituait une discrimination fondée sur le sexe et qu'elle violait leur droit à l'égalité reconnu par la loi.

La Cour suprême du Canada a jugé que l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens* ne contrevenait pas à la *Déclaration canadienne des droits* parce que « l'égalité devant la loi » ne constituait qu'une garantie procédurale, qu'une protection de l'égalité dans l'administration de la loi, et non une garantie de l'égalité dans la substance de la loi. L'égalité devant la loi était protégée mais l'égalité en vertu de la loi ne l'était pas, selon le juge Ritchie. Apparemment, comme toutes les Indiennes étaient traitées de la même manière discriminatoire, il n'y avait aucune violation de la *Déclaration canadienne des droits*[22,23].

La seconde affaire contestait la *Loi sur l'assurance-chômage*[24]. Bien qu'ayant travaillé assez longtemps pour toucher des prestations régulières d'assurance-chômage, Stella Bliss n'avait pu les obtenir parce qu'elle était enceinte; l'article 46 de cette loi disait en effet qu'une femme enceinte ne pouvait pas réclamer de prestations dans les quinze semaines précédant ou suivant immédiatement la naissance de son enfant. Non seulement Stella Bliss n'avait-elle pas droit aux prestations normales d'assurance-chômage, mais elle n'était pas non plus admissible aux prestations de grossesse. La *Loi sur l'assurance-chômage* exigeait en effet que la femme ait occupé « un emploi assurable pendant au moins dix semaines au cours de la période de vingt semaines immédiatement antérieure à la trentième semaine précédant la date présumée de son accouchement » afin d'avoir droit aux prestations de grossesse[25]. Comme elle ne se conformait pas à cette règle, Stella Bliss n'avait droit à rien. On lui refusa les prestations de grossesse parce qu'elle n'y était pas admissible, et les prestations normales parce qu'elle était enceinte. Dans les deux cas, elle était victime de discrimination à cause de son sexe.

La Cour suprême du Canada a statué que le droit de Stella Bliss à l'égalité devant la loi n'avait pas été violé parce qu'il s'agissait des qualifications à des prestations, et non de l'imposition d'une pénalité.

C'est la même affaire qui nous a légué ce merveilleux exemple de logique : la discrimination fondée sur la grossesse n'est pas fondée sur le sexe puisqu'elle ne distingue pas entre un homme et une femme, mais entre personnes enceintes et personnes non enceintes[26]. De l'avis du tribunal, la distinction n'était pas fondée sur le sexe puisque toutes les femmes ne devenaient pas enceintes! C'était oublier un peu vite que les hommes ne peuvent être mères et que les lois discriminatoires envers les femmes enceintes sont discriminatoires envers toutes les femmes.

(Ottawa : Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1989), p. 14.

Les jugements rendus dans ces deux importantes affaires stipulent que la formulation de la clause de protection de l'égalité dans la *Déclaration canadienne des droits* était simplement trop étroite pour appuyer les revendications des femmes. Cependant, d'autres interprétations étaient possibles[27]. Le paragraphe 1(b) aurait pu être interprété dans un sens plus favorable aux femmes, mais tel ne fut pas le cas. Les juges refusèrent l'égalité des sexes aux femmes, lesquelles comprirent qu'elles ne pouvaient pas compter sur la justice pour interpréter de façon équitable, large et libérale[28] la clause d'égalité quand une interprétation plus étroite était possible. Elles ne pouvaient pas non plus compter sur eux pour juger avec compréhension et objectivité les revendications d'égalité des sexes. Il fallait manifestement une nouvelle formulation et des garanties plus solides pour amener les juges à réviser leurs interprétations.

Quand le texte de la *Charte canadienne des droits et libertés* fut soumis à la Chambre des communes en 1980, les femmes constatèrent qu'il reprenait pratiquement mot pour mot la formulation de la *Déclaration canadienne des droits*. L'ébauche de 1980 de l'article 15 sur l'égalité se lisait ainsi :

> 15.(1) Tous ont droit à l'égalité devant la loi et à la même protection de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe ou l'âge.
>
> (2) L'article n'a pas pour effet d'interdire les programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés[29]. [TRADUCTION]

Le paragraphe 15(2) constituait un ajout important, puisqu'il affirmait clairement que l'égalité visée exigerait que l'on aborde les conditions liées à l'inégalité.

Mais les femmes ne pouvaient se satisfaire d'une simple reprise de la formulation de la *Déclaration canadienne des droits* dans l'introduction de la garantie. Après tout, la Cour suprême du Canada avait fait clairement entendre aux femmes que cette formulation leur assurait l'égalité quant aux procédures et aux pénalités uniquement, et qu'elle ne pouvait les aider là où les lois elles-mêmes étaient discriminatoires, ou quand les programmes étaient considérés comme « avantageux ». Le seul changement au paragraphe 15(1), par rapport à la *Déclaration canadienne des droits*, était l'ajout du mot « même » devant protection. Cette mesure n'était pas sans évoquer une autre jurisprudence défavorable aux femmes — les interprétations du quatorzième amendement de la constitution américaine aux États-Unis. Elle n'avait donc rien de rassurant[30,31].

Les deux années qui ont suivi ont donné lieu à de multiples conférences constitutionnelles, audiences et poursuites devant les tribunaux. Les femmes ont exercé d'énormes pressions[32] pour renforcer les garanties d'égalité énoncées dans la Charte. Elles ont emprunté les concepts et les formules aux sources plus fertiles de la protection des droits de la personne, au Canada et à l'étranger. Elles se sont efforcées d'obtenir la modification de l'article 15, en insistant pour que l'égalité en vertu de la loi (qui, selon les tribunaux, manquait dans l'affaire *Lavell*), et l'avantage égal de la loi (qui était apparemment nécessaire dans l'affaire *Bliss*), soient compris dans le paragraphe 15(1). Les femmes ont tenté de faire inclure l'état civil, l'orientation sexuelle et les convictions politiques dans la liste des motifs mentionnés de discrimination et ont appuyé une protection ouverte contre la discrimination afin de couvrir les motifs non mentionnés. En outre, elles ont tenté de renforcer la formulation du paragraphe 15(2)[33].

La version finale de l'article 15 se lit ainsi :

15.(1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

2. ÉGALITÉ DES SEXES
INCIDENCE DE L'AFFAIRE ANDREWS C. LAW SOCIETY OF B.C.

Extrait de l'ouvrage de Gwen Brodsky et Shelagh Day intitulé La Charte canadienne et les droits des femmes : Progrès ou recul?

Introduction

Le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mark Andrews* donne une toute autre orientation à l'interprétation des droits à l'égalité que celle qu'ont donnée les tribunaux inférieurs au cours des trois premières années de litiges sur la question des droits à l'égalité. Il constitue un encouragement certain pour les femmes et les autres groupes défavorisés, donnant une vision d'ensemble de la notion d'égalité. Ce jugement n'est toutefois pas sans faiblesses. Outre le fait que de nombreuses questions demeurent sans réponse, ce jugement révèle une scission troublante au sein de la cour et referme étroitement de nombreuses portes.

Cette postface décrit brièvement la nature du jugement, puis analyse ses forces et ses faiblesses du point de vue des femmes et d'autres groupes défavorisés qui s'attendent à ce que la Charte les appuie dans leur quête d'égalité.

Nature

L'affaire *Mark Andrews* a été entendue par six juges, à savoir les juges Dickson, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé, et a fait l'objet de trois arrêts rédigés par les juges McIntyre, Wilson et La Forest.

Le juge McIntyre est l'auteur du jugement principal portant sur l'interprétation de l'article 15, et le juge en chef Dickson de même que les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé ont souscrit à son avis. Le juge La Forest indique également dans un arrêt distinct qu'il est en grande partie d'accord avec l'interprétation de l'article 15 donnée par le juge McIntyre. Toutefois, dans son jugement, la juge Wilson écrit que trois juges, à savoir les juges Dickson, Wilson et L'Heureux-Dubé, se dissocient du jugement rendu par le juge McIntyre sur la question de l'interprétation de l'article 1 et sur l'issue de l'affaire. Avec le juge La Forest, ils forment la majorité dans cette affaire. Ils déclarent que l'exigence de la Law Society of British Columbia qui veut que ses membres soient des citoyens canadiens viole l'article 15 et n'est pas une limite raisonnable imposée aux droits à l'égalité de Mark Andrews[1].

Lorsqu'on lit les trois jugements, il apparaît clairement que les six juges s'entendent sur le fond de l'interprétation de l'article 15 donnée par le juge McIntyre; toutefois, les juges sont divisés quant aux conséquences. En effet, le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé, à savoir la majorité, se sont prononcés en faveur de M. Andrews, tandis que les juges McIntyre et Lamer, à savoir la minorité, affirment que l'obligation d'être citoyen canadien est une limite raisonnable au sens de l'article 1.

Forces

Désavantage

L'élément qui revêt le plus d'importance dans le jugement *Mark Andrews* est la reconnaissance que le désavantage est une notion inhérente à l'article 15. En effet, l'article 15 ne porte pas simplement sur les différences de traitement d'individus ou de groupes. En arrivant à cette conclusion, la cour déclare que toutes les distinctions législatives existant entre les groupes n'engendrent pas nécessairement une violation de l'article 15. Le juge McIntyre déclare que les distinctions interdites

---

* (Ottawa : Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1989), p. 219.

en vertu de l'article 15 sont celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage et la juge Wilson déclare sans ambages que « l'article 15 est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société[3] ».

Motifs apparentés

La cour confirme que la protection accordée en vertu de l'article 15 n'est pas exclusive et que d'autres motifs que ceux dont il est fait mention, comme la citoyenneté, peuvent venir se greffer. Toutefois, comme l'article 15 a trait au désavantage et que toute distinction ne constitue pas nécessairement une violation, la cour est d'avis que la protection ne s'étend qu'aux motifs apparentés à ceux qui sont énumérés. La discrimination fondée sur des caractéristiques personnelles est interdite en vertu des motifs énumérés et, par conséquent, la discrimination fondée sur d'autres caractéristiques personnelles analogues est également interdite en vertu de la protection non exclusive accordée par l'article 15. Il semble par conséquent que les revendications des sociétés ne seront plus, à l'avenir, entendues par les tribunaux lorsque ces sociétés allèguent, par exemple, que l'article 15 est violé du fait que les fabricants de canettes métalliques reçoivent un traitement différent des fabricants de canettes en aluminium, puisque ces affaires n'ont trait ni à un désavantage ni à des caractéristiques personnelles. En outre, comme la cour accepte la non-citoyenneté comme une caractéristique personnelle, il semble probable que des motifs comme l'état civil et l'orientation sexuelle seront réputés relever de l'article 15.

Ressemblance et dissemblance

La cour juge que la ressemblance et la dissemblance ne sont pas les déterminants contraignants de l'égalité. Le juge McIntyre déclare qu'en dépit du fait que l'égalité est une notion comparative « [il] faut (...) reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus devant la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités[4] ». Puis le juge McIntyre donne une version plus large de la comparaison à faire. Il déclare ce qui suit :

> Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre[5].

À la lumière de cette interprétation, la cour rejette le critère de la situation identique qui requiert simplement de comparer des individus ou des groupes pour déterminer s'ils sont égaux face à la loi, trouvant ce critère déficient « comme règle ou formule figée applicable en vue de trancher les questions d'égalité[6] ». De l'avis de la cour, ce critère est mécanique et ne permet pas de tenir compte du contenu de la loi en cause ou de ses répercussions.

Discrimination

Lorsqu'elle définit la discrimination interdite en vertu de l'article 15, la cour adopte une interprétation large de la jurisprudence sur les droits de la personne au Canada, qui englobe non seulement l'intention, mais également les conséquences des actes discriminatoires. La cour se reporte à ses propres jugements rendus dans des affaires récentes sur les droits de la personne[7] et déclare que la discrimination non intentionnelle et systématique est interdite en vertu de l'article 15 de la Charte, ainsi qu'en vertu des lois sur les droits de la personne. Les lois qui ont des répercussions néfastes sur les groupes défavorisés, même si elles semblent neutres de prime abord, violent la garantie d'égalité. Reprenant sa définition d'égalité, le juge McIntyre déclare que

> ... la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, (...) qui a pour effet d'imposer à [un individu ou à un] groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société[8].

Critère du caractère raisonnable

La cour rejette non seulement le critère de la situation identique, mais elle rejette également son pendant, le critère de caractère raisonnable, élaboré par la cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Mark Andrews*. La cour déclare que l'application du critère du caractère raisonnable à l'article 15 porte à confondre les analyses de cet article et de l'article 1, qui doivent pourtant demeurer distincts afin que le fardeau de la preuve repose sur la partie appropriée. « Il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la Charte, déclare le juge McIntyre, et à l'État de justifier cette violation[9]. »

La Déclaration canadienne des droits

La cour porte un coup fatal aux affaires *Lavell* et *Bliss*[10] en déclarant que les interprétations d'égalité échafaudées en vertu de la *Déclaration canadienne des droits* ne permettent pas d'interpréter la Charte. Elle confirme que l'article 15 offre une bien meilleure protection et qu'il a en outre été remanié dans le but de remédier aux lacunes de la *Déclaration canadienne des droits*.

Faiblesses

Désavantage

Dans ce jugement, la notion de désavantage n'a été abordée que très superficiellement. Comme cette notion est au centre de l'élaboration d'un modèle d'égalité indépendant, le manque de substance du jugement a de quoi inquiéter. On n'explore nulle part l'essence du désavantage et on ne fait que survoler la question de savoir comment on peut déterminer si un groupe est défavorisé et mérite la protection de l'article 15. Le juge McIntyre cite, en l'approuvant, le juge Hugessen qui, dans *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*[11], déclare : « [l'article 15] porte principalement sur les questions de stéréotype, de désavantage historique, en un mot, de préjudice ... ». Bien que la juge Wilson parle « [des] groupes

défavorisés sur les plans social, politique et juridique[12] », elle ne donne aucun critère permettant de les identifier.

Lorsqu'il aborde le point en litige dans cette affaire, le juge McIntyre indique que les personnes qui n'ont pas la citoyenneté canadienne ont droit à la protection de l'article 15 parce qu'elles forment une « minorité discrète et isolée[13] ». La juge Wilson estime que « les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également violé[14] ». Le juge La Forest ajoute que les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe qui, à maintes reprises au cours de la récente histoire canadienne, a fait l'objet de discrimination résultant de restrictions législatives visant leurs droits de s'établir, de posséder des terres et d'occuper un emploi.

Bien que ces commentaires donnent un aperçu des facteurs que la cour considère pertinents pour déterminer qui est défavorisé, ils ne constituent pas une assise analytique solide pour la prise de décisions. Les jugements ne précisent pas si le terme « sexe » contenu dans l'article 15 englobe à la fois un groupe favorisé et un groupe défavorisé, ni si les tribunaux devront faire la distinction entre les revendications des hommes et celles des femmes à l'égard de leurs droits respectifs à l'égalité. En outre, l'assimilation des groupes défavorisés à une « minorité discrète et isolée » révèle une indifférence trop largement répandue quant aux droits des femmes à l'égalité.

B. LA VIOLENCE CONJUGALE, LES POURSUITES CRIMINELLES ET LES POURSUITES RELATIVES À LA GARDE DES ENFANTS

Page

EXEMPLE #1

Faits 11

Sujets de discussion 12

PARTIE A : Poursuites criminelles

PARTIE B : Poursuites relatives à la garde des enfants

DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE

1. Fiche documentaire 13
2. Le contexte socio-historique 19
3. Le point de vue de l'agresseur 21
4. Le syndrome de la femme battue 24
5. Le cycle : rester, partir et revenir 28
6. Pourquoi les hommes agressent-ils leur conjointe 31
7. Jurisprudence 34

LA VIOLENCE CONJUGALE, LES POURSUITES CRIMINELLES ET LES POURSUITES RELATIVES À LA GARDE DES ENFANTS

EXEMPLE # 1

FAITS

Dans cet exemple, les deux conjoints ont près de la cinquantaine : le mari est cadre dans une entreprise et gagne un revenu moyen, tandis que la femme reste à la maison. Ils sont mariés depuis 12 ans et ont deux enfants : un garçon de 8 ans et une fille de 6 ans. Le mari, qui a eu une rude journée au bureau, rentre tard un soir. Habituellement, toute la famille est à la maison le soir, mais il n'y a personne ce soir-là.

Lorsque sa femme et ses enfants reviennent à la maison vers 21 h 30, une dispute éclate dans la cuisine. Le mari est mécontent parce que sa femme n'est pas rentrée plus tôt avec les enfants. Il a consommé quatre bières au cours des trois dernières heures. Les enfants sont envoyés dans leur chambre à l'étage d'où ils entendent tout. La discussion est animée. Le mari prend un couteau à steak dans un tiroir et le tient d'une façon menaçante. Il frappe sa femme au visage. Il la saisit à la gorge et appuie le couteau sur son côté. Sa femme le frappe pour s'échapper et elle menace d'appeler les policiers s'il n'arrête pas. Il lui dit alors qu'il va la tuer.

On sonne à la porte; la femme lance un cri et le mari la relâche. Elle ouvre la porte et s'enfuit en courant; elle passe devant le livreur qui apportait la pizza que son mari avait commandée pour souper. Elle ne lui dit rien sur ce qui vient d'arriver et se réfugie chez sa soeur pour la nuit. Le lendemain, la femme appelle les policiers parce qu'elle craint que son mari ne la tue. Ce dernier est accusé d'agression armée en contravention de l'alinéa 267(1)a) du Code criminel.

Au procès, l'accusé déclare qu'il s'est querellé avec sa femme, mais qu'il ne l'a pas menacée avec un couteau et n'a jamais menacé de la tuer. Il admet qu'il tenait un couteau à la main, mais c'est tout bonnement parce qu'il se préparait à manger une pizza. Le juge de première instance donne foi à la version de la femme. Celle-ci n'a subi que des contusions mineures pendant l'agression et n'a pas été examinée par un médecin. Durant son témoignage, elle déclare qu'il y a eu d'autres agressions dans le passé, mais que c'était la pire.

Une déclaration de culpabilité est prononcée et une audience relative à la détermination de la peine est en cours. La peine maximale pour cette infraction est de 10 ans. Il s'agit de la première condamnation criminelle de l'accusé.

VOIR LE SKETCH VIDÉO DE L'EXEMPLE #1

SUJETS DE DISCUSSION
EXEMPLE # 1

PARTIE A :
Poursuites criminelles

1. Quelle peine préférez-vous? Pourquoi? Quelle peine infligeriez-vous? Pourquoi?

2. Si ce genre d'agression survenait entre des étrangers, quelle période d'incarcération fixeriez-vous? Selon vous, une agression commise par un homme contre sa conjointe est-elle plus ou moins grave qu'une agression entre des étrangers? Les hommes qui agressent leur conjointe devraient-ils être punis plus sévèrement ou moins sévèrement que les personnes qui agressent un étranger, ou les peines devraient-elles être identiques? Peut-on comparer les peines dans l'optique de la protection égale de la loi et de l'égalité de bénéfice pour les femmes?

3. Prononceriez-vous une peine différente si les époux ne s'étaient pas réconciliés? La peine devrait-elle être moins sévère parce que la victime a décidé de donner une autre chance à l'agresseur? Est-ce que le retour au foyer de la femme vous porte à croire que les choses sont rentrées dans l'ordre, ou pensez-vous que la situation est encore dangeureuse? Si le couple est demeuré séparé, auriez-vous tendance à penser que le danger est écarté ou qu'il y a encore des risques?

4. Si les deux personnes décrites dans cet exemple étaient des immigrants récemment arrivés au Canada en provenance d'un pays où la violence conjugale n'est pas un crime, prononceriez-vous une peine différente?

PARTIE B :
Poursuites relatives à la garde des enfants

5. Pour les fins de la discussion, veuillez supposer que les conjoints sont demeurés séparés et qu'une poursuite relative à la garde des enfants a ensuite été intentée. Quelle est l'incidence de la violence familiale sur le meilleur intérêt de l'enfant et sur la capacité de l'homme et de la femme d'élever un enfant? Dans quelle mesure l'image du "bon père" est-elle compatible avec celle de "l'agresseur"? Quel est l'effet de ce modèle de comportement sur les enfants?

VIOLENCE CONJUGALE
1. FICHE DOCUMENTAIRE*

Incidence

. Au Canada, au moins une femme sur dix est battue par son conjoint[1].

. Dans deux villes canadiennes, les victimes de violence familiale qui ont appelé les policiers étaient des femmes dans 95 % des cas[2].

. Parmi les demandes d'aide que reçoivent les policiers, les appels relatifs à des querelles de famille viennent au deuxième rang, après les accidents d'automobile[3].

. Les femmes sont sept fois plus susceptibles d'être agressées par la personne avec laquelle elles ont des relations intimes que par un étranger. Cela inclut les unions légales et les unions de fait, ainsi que les fréquentations amoureuses. Toutefois, les agressions surviennent surtout parmi les couples mariés[4].

. Les victimes de violence conjugale sont des femmes riches ou pauvres, qui vivent en milieu urbain ou en milieu rural, qui sont beaucoup ou peu instruites, qui restent à la maison ou travaillent à l'extérieur, et qui proviennent de tous les milieux culturels. Dans les milieux aisés, la violence conjugale est moins exposée au grand jour parce que les femmes qui en sont victimes ont davantage de ressources et d'options[1 et 4].

. Selon une étude faite en 1987, 46 % des femmes séparées et divorcées sont maltraitées par leurs ex-conjoints[5].

. Les femmes battues qui choisissent un avocat en faveur de la conciliation sont victimes, après la séparation, de formes de mauvais traitements plus graves que celles qui consultent un avocat en faveur du processus contradictoire[6].

. Les victimes de violence conjugale sont agressées en moyenne 35 fois avant de demander l'aide des policiers[7].

. Selon des spécialistes de ce domaine, lorsqu'il n'y a pas d'intervention directe, ces agressions deviennent généralement plus graves à la longue[4].

---

* Préparée par Donna Hackett, B.A., LL.B., mars 1990.

Incidence sur les femmes

- Au Canada, 20 % des homicides sont des meurtres attribuables à la violence familiale[8].

- 52 % des femmes victimes d'homocides au Canada sont tuées par leur conjoint[8].

- Selon une étude faite en Ontario, toutes les femmes accusées d'avoir tué leur mari avaient déjà été agressées par celui-ci[9].

- La violence conjugale est la cause de 20 % de toutes les visites faites par des femmes à des services médicaux d'urgence, mais seulement une femme sur trente-cinq est identifiée comme une victime de violence conjugale[10].

- Selon une étude canadienne, 83 % des 225 femmes qui ont tenté de se suicider avaient été agressées par leur conjoint[11].

- Les femmes battues sont respectivement quinze fois et neuf fois plus susceptibles de devenir alcooliques ou toxicomanes que les femmes qui ne sont pas battues[11].

- Le nombre de femmes battues qui se plaignent d'être angoissées ou déprimées, ou qui ont des problèmes somatiques, est sensiblement plus élevé que la moyenne. Ces femmes peuvent développer une accoutumance aux tranquillisants et aux somnifères.

Incidence sur les enfants

- Lorsque les enfants vivent à la maison, 80 % d'entre eux sont présents au moment des agressions[12].

- Les enfants des femmes battues ont des problèmes d'adaptation comparables à ceux des enfants qui sont eux-mêmes maltraités physiquement[14].

- Les fils d'agresseurs sont dix fois plus susceptibles de battre leur femme[15].

- Les garçons et les filles qui ont vu leur père battre leur mère sont respectivement dix-sept fois et dix fois plus susceptibles d'éprouver de sérieux problèmes de comportement[14].

- 36 % des hommes qui maltraitent leur femme maltraitent également les enfants qui vivent à la maison[12].

- Dans une ville canadienne, on a relevé que plus de 50 % des jeunes contrevenants provenaient de familles où régnait la violence

conjugale[13 et 16].

Intervention policière

. Lorsque les policiers inculpent ou arrêtent un agresseur, les cas de récidive diminuent de moitié. Les victimes sont deux fois plus susceptibles d'aller jusqu'au bout lorsque les policiers portent plainte à leur place[17].

. Dans un ressort au Canada, le nombre de plaintes reçues par les policiers à qui l'on avait donné l'ordre d'inculper les hommes agresseurs est demeuré semblable à ce qu'il était auparavant, mais il y a eu vingt-cinq fois plus de mises en accusation[17].

. On a demandé aux victimes de mesurer le degré de violence au cours des douze mois qui ont précédé le moment où les policiers ont commencé à faire des mises en accusation en 1983, et au cours des 12 mois suivants. Le degré de violence a sensiblement diminué à la suite de l'intervention des policiers; cette diminution était plus prononcée lorsque les policiers portaient plainte à la place de la victime[17].

p. ex. menaces de violence - diminution de 80 % à 50 %
tir d'un objet - diminution de 55 % à 15 %
gifle - diminution de 70 % à 30 %
raclée - diminution de 63 % à 25 %
menaces avec une arme - diminution de 25 % à 10 %

. Dans de nombreux ressorts, les corps policiers n'ont pas encore reçu de directives au sujet de l'inculpation des hommes agresseurs. Selon une étude faite récemment au Nouveau-Brunswick, bien que certains chefs de police encouragent les policiers à porter des accusations lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de le faire, d'autres pensent encore que les policiers ne doivent pas intervenir dans ces situations[18].

Facteurs qui contribuent à la violence conjugale

. La violence faite aux femmes est ancrée dans un processus de socialisation qui perpétue les rôles traditionnels joués par les hommes et les femmes, et prédispose certains hommes à vouloir dominer leur conjointe[4 et 19].

. L'alcool, qui est présent dans la majorité de ces incidents, n'en n'est pas la cause. La plupart des victimes affirment être battues même lorsque leur mari est sobre.

. On attribue souvent la violence conjugale au stress; toutefois, la

plupart des hommes agresseurs laissent éclater leur violence à la maison seulement et ne s'en prennent pas à leurs patrons, par exemple[4 et 25].

- On a étudié le cas de neuf agresseurs, et seulement trois des vingt et une relations qu'ils ont entretenues avec des femmes ont été exemptes de violence.

- 77 % des femmes battues qui ont été interrogées ont déclaré que les sévices dont elles ont été victimes n'étaient généralement pas provoqués par une querelle[20].

- 75 % des hommes qui battent leur femme ont vu leur père battre leur mère lorsqu'ils étaient enfants. C'est un comportement acquis.

Traitement

- Les tribunaux peuvent aider les hommes à se responsabiliser face à leur comportement violent et les encourager à participer à des programmes de counselling même lorsque ces hommes nient avoir un problème. On obtient d'excellents résultats en obligeant les agresseurs à suivre un traitement pendant au moins six mois et, préférablement, un an[22 et 23].

- De 75 % à 100 % des hommes cessent d'être violents pendant qu'ils participent à des programmes conçus à l'intention des agresseurs, et 60 % d'entre eux ne posent aucun geste violent dans les quatre mois qui suivent la fin du traitement[23].

RÉFÉRENCES

1. L. MacLeod, *Pour de vraies amours ... Prévenir la violence conjugale* (Ottawa : Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1987), p. 1.

Chambres des communes, Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales, *Les femmes battues : rapport sur la violence au sein de la famille* (Ottawa : Imprimeur de la Reine, mai 1982).

2. J. Byles, "Family Violence - Some Facts and Gaps: A Statistical Overview", (Toronto: Ontario Institute for Studies in Education, 1977), étude réalisée à Hamilton (Ontario).

T. Fleming, "Violent Domestic Assault", (University of Toronto Centre of Criminology M. A. Thesis, 1975), étude réalisée dans la région de Durham (Ontario).

3. P. Jaffe, J. Thompson, M. Paquin, "Immediate Family Crisis Intervention as Preventative Mental Health: The Family Consultant Service", *Professional Psychology*, Novembre 1978, p. 551-560.

4. D. Sinclair, *Pour comprendre le problème des femmes battues : guide de formation pour les conseillers et les intervenants* (Toronto : Ontario Government Bookstore Publication Services, 1985) p. 19-22 et 122, et Dr Peter Jaffe dans un discours prononcé devant des juges à l'occasion d'une conférence annuelle, Cour provinciale (Division de la famille), Ontario, mai 1986.

5. M. Smith, "The Incidence and Prevalence of Woman Abuse in Toronto", (LaMarsh Research Programme on Violence and Conflict Resolution, Université York, 1987).

6. D. Ellis and L. Wight, "Wife Abuse Among Separated Women: The Impact of Lawyering Styles", Non publié, Université York, p. 9.

7. P. Jaffe, C. Burris, "Une réaction intégrée aux cas de femmes battues : modèle communautaire" (Ottawa : Solliciteur général, 1984, Centre national de documentation sur les victimes, n° de référence : 1984-27).

8. Statistique Canada, Division de la statistique juridique, *"L'homicide au Canada, perspective statistique"*, (Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1982).

9. P. Chimbos, "Marital Violence A Study of Husband - Wife Homicide", *The Canadian Family*, (Toronto: Holt, Rinehart and Winston, 1976) p. 580-99.

10. E. Stark, and A. Filitcraft, "Medical Therapy as Repression: The Case of the Battered Woman", *Health and Medicine*. Été/automne 1982.

11. P. Jaffe, D. Wolfe et al., "Emotional and Physical Health Problems of Battered Women", *Canadian Journal of Psychiatry*, 31, (10, 1986), p. 625.

12. *Report of Metro Toronto Advisory Committee on Spousal Abuse*, rapport non publié, 1987, p. 12.

13. D.A. Wolfe, Peter Jaffe et al., "Children of Battered Women: The Relationship Between Child Behaviour, Family Violence and Maternal Stress", *Journal of Clinical and Consulting Psychology*, (1987).

14. P. Jaffe, D. Wolfe et al., "Similarities in Behaviourial and Social Maladjustment Among Child Victims and Witnesses to Family Violence", *American Journal of Orthopsychiatry*, 56-1, (1986).

15. M.A. Straus, R.J. Gelles and S.K. Steinmetz. *Behind Closed Doors: Violence in the American Family*, (N.Y.: Anchor, 1981).

16. Voir aussi M. Rutter, "Protective Factors in Children's Response to Stress and Disadvantage", in M. W. Kent & J.E. Rolf (Eds.), *Primary Prevention of Psychopathology: Social Competence in Children*, (Hanover: New England, 1979).

17. Jaffe, P., Burris C., "Wife Abuse as a Crime: The Impact of Police Laying Charges", *Canadian Journal of Criminology*, 25-3, (1983) p. 309-318.

Voir aussi I. Sherman, R. Berk, "The Minneapolis Domestic Violence Experiment", *Police Foundation Reports*, 1 (1984).

18. B. Landry, "La violence masculine dans les rapports intimes et le système judiciaire", Conseil consultatif de la situation de la femme du Nouveau-Brunswick, 1989, p. 13-14.

19. A. Ganley, L. Harris, "Domestic Violence: Issues in Designing and Implementing Programs for Male Batterers", présenté à l'American Psychological Association, 29 août 1978.

20. J. Grayford, "Wife Battering: A Preliminary Survey of 100 Cases", *British Medical Journal* 1 (5951, 1975), p. 194-97.

21. A. Rosenbaum, K.D. O'Leary, "Children: The Unintended Victims of Marital Violence", *American Journal of Orthopsychiatry*, 51, (1981), p. 692-699.

M. Roy, *The Abusing Partner: An Analysis of Domestic Batterings*, (New York: Van Nostrand Reinhold, 1980).

22. A.L. Ganley, L. Harris, "Domestic Violence: Issues in Designing and Implementing Programs for Male Batterers", Présenté à l'American Psychological Association en 1978.

23. J. Browning, "Mettre un terme à la violence conjugale : programmes canadiens de traitement des agresseurs" (Ottawa : Centre national d'information sur la violence dans la famille, Santé et Bien-être social Canada, 1984).

24. F. Purdy, N. Nickle, "Practice Principles for Working With Groups of Men Who Batter", *Social Work With Groups*, Vol. 4(3/4), Automne/hiver (1981), p. 112.

INDEX

		Page
A.	Égalité des sexes	1
B.	La violence conjugale, les poursuites criminelles et les poursuites relatives à la garde des enfants	10
C.	Les femmes et le travail : les poursuites relatives à la garde des enfants et en paiement d'aliments	36
D.	Les procès pour agression sexuelle et la détermination de la peine	61
E.	La crédibilité des femmes devant les tribunaux	84

VIOLENCE CONJUGALE
2. LE CONTEXTE SOCIO-HISTORIQUE*

Dans tous les grands ouvrages religieux, qu'il s'agisse de l'Ancien et du Nouveau Testament, du Coran ou du Talmud, les hommes sont admis à dominer les femmes. Dans les lois laïques qui ont été adoptées par la suite, on a incorporé les perceptions religieuses de la supériorité des hommes. Le droit du mari d'infliger un châtiment corporel à sa femme était un prolongement socialement acceptable du pouvoir qu'il avait légalement sur elle. À l'origine, on considérait les femmes comme la propriété de leur mari.

Vous connaissez l'expression "rule of thumb". Elle tire son origine de la tradition anglaise de common law que William Blackstone a définie en 1767 comme étant l'ancien droit en vertu duquel un mari "pouvait corriger sa femme avec un fouet ou un bâton en rotin pas plus gros que son pouce". Blackstone a cependant précisé qu'il fallait avoir des "motifs raisonnables" pour exercer ce droit. Par conséquent, cette "rule of thumb" était en quelque sorte une façon de réglementer le droit du mari de punir sa femme.

En 1871, l'Alabama et le Massachusetts ont rejeté la tradition voulant qu'un homme puisse légalement battre sa femme. L'énoncé des gestes que les maris n'étaient désormais plus autorisés à poser a révélé ce qu'avait été le sort des femmes en vertu du droit américain et britannique :

> [TRADUCTION] Et le privilège, aussi ancien soit-il, de la frapper avec un bâton, de lui tirer les cheveux, de l'étouffer, de lui cracher au visage, de la jeter par terre, ou de lui infliger d'autres sévices semblables, n'est dorénavant plus reconnu par notre droit.

De 1901 à 1965, il y a eu dans le Code criminel canadien des dispositions prévoyant que les hommes qui battaient leur femme commettaient une infraction; c'était une sorte de "rule of thumb". (NDLR : Un homme qui avait battu sa femme pouvait être emprisonné pour une période de deux ans et être fouetté s'il lui avait causé des "lésions corporelles réelles". La peine maximale était généralement de trois ans. C'est en 1949 seulement qu'on a statué dans l'affaire R. c. Hoy qu'un homme agresseur pouvait aussi être poursuivi en vertu des dispositions générales relatives aux voies de fait et, partant, être condamné à une peine plus sévère.)

Aux termes de la Loi sur le divorce de 1968, la cruauté devait rendre "intolérable la continuation de la cohabitation des époux", et la femme qui

---

* Extraits adaptés d'un discours rédigé par Shirley Endicott Small pour Education Wife Assault, reproduits dans Pour comprendre le problème des femmes battues : Guide de formation pour les conseillers et les intervenants, D. Sinclair M.S.W., C.S.W., Ontario Government Bookstore Publications Service, Toronto, 1985, p. 172.

déposait une requête en divorce ne devait pas avoir pardonné les actes de violence. La plupart des femmes qui présentaient une requête fondée sur la cruauté physique faisaient état d'actes répétés de cruauté survenus sur une longue période durant la cohabitation. De nombreux juges rejetaient ces requêtes pour le seul motif que cette cohabitation équivalait à un "pardon".

Dans l'affaire Mayberry c. Mayberry, le mari avait été déclaré coupable d'avoir infligé des lésions corporelles à sa femme, qui avait alors dû être hospitalisée pendant un temps considérable. D'autres actes de violence commis par le mari avaient été admis en preuve. Malgré cela, le juge a déclaré que la cruauté n'était pas grave au point de rendre intolérable la continuation de la cohabitation des époux, et que c'était plutôt l'expression d'un mouvement d'irritation qu'un époux peut avoir envers l'autre.

(NDLR : Comme, en pratique, la violence faite aux femmes n'était pas criminalisée, le Soliciteur général du Canada a décidé d'écrire aux dirigeants de l'Association canadienne des chefs de police en 1982 pour leur demander d'encourager les policiers à porter des accusations. Jusqu'en 1983, un homme qui violait sa femme ou l'agressait sexuellement ne contrevenait à aucune disposition du Code criminel canadien.)

VIOLENCE CONJUGALE
3. LE POINT DE VUE DE L'AGRESSEUR

Je m'appelle Mike, je suis alcoolique et je suis un agresseur de femmes. Je m'exprime au présent plutôt qu'à l'imparfait car je dois consciemment me surveiller, sans quoi je récidiverai.

Je veux vous donner une idée des difficultés d'ordre émotif que j'ai vécues en tant qu'agresseur, mais je tiens à vous rappeler que les choses étaient bien pires pour ma femme. Elle a été battue.

Beaucoup de gens semblent penser qu'il y a un lien entre mon alcoolisme et le fait que je sois un agresseur. Je tiens à affirmer catégoriquement que ce n'est pas à cause de mon alcoolisme que j'ai commencé à battre ma femme.

Si j'essaie de combattre mon alcoolisme seulement, il est très dangereux, comme je l'ai déjà constaté, que j'utilise ma colère et la menace de recourir à la violence pour contrôler le comportement des autres, pour ne pas ressentir trop vivement le besoin de boire. Mes problèmes d'alcoolisme et de violence sont associés à des troubles de personnalité et à la perception que j'ai de moi-même.

Dans mon cas, le peu d'estime que j'avais de moi-même a été l'un des principaux facteurs à l'origine de mon comportement violent. D'une manière générale, je me sentais incapable de faire face à la vie, je me sentais coupable devant les manifestations de cette incapacité, et j'étais déçu et honteux de me sentir coupable.

Les mauvais traitements que j'infligeais à ma femme avaient une double fonction pour ce qui est de contrôler ces sentiments. Premièrement, par la violence et la menace de recourir à la violence, je pouvais contrôler son comportement de façon à l'empêcher de dire ou de faire quelque chose qui pourrait me rappeler que j'éprouvais probablement des problèmes. Deuxièmement, je pouvais me libérer des sentiments de colère, de honte, de culpabilité et de médiocrité qui m'habitaient en battant ma femme. J'associais cette violence à une faute réelle ou imaginaire qu'elle aurait commise et j'évitais ainsi d'admettre que je me sentais mal parce que je n'allais justement pas très bien. De cette façon, j'arrivais à contrôler non pas mes sentiments, mais la façon dont je percevais ces sentiments.

Il va sans dire que ma femme avait beaucoup de difficulté à comprendre cela.

C'est de sa présence dont j'avais le plus besoin pour briser ma solitude. En revanche, comme elle était la personne dont j'avais le plus besoin, j'avais très peur d'elle parce que je craignais qu'elle ne me rejette si elle finissait par découvrir qui j'étais vraiment.

L'envers de la médaille, ce sont les comportements sexuels que nous impose le milieu dans lequel nous vivons et, encore une fois, ma peur de l'intimité. Les hommes sont supposés être forts, braves, indépendants et autonomes. J'ai toujours totalement dépendu des femmes. Je fréquentais les femmes pour me prouver que j'étais un homme et pour obtenir la reconnaissance de ma valeur personnelle.

Cette dépendance excessive me faisait aussi très peur, d'une part parce que je craignais que mes besoins ne soient pas satisfaits et, d'autre part, parce que je craignais qu'en exprimant mes besoins, je ne dévoile la personne que j'étais et dont j'avais tellement honte. Comme j'en avais l'habitude lorsque j'éprouvais des sentiments négatifs, je transformais immédiatement ces craintes en colère.

La plupart des femmes que j'ai fréquentées devenaient assez rapidement perplexes et furieuses à propos de tout cela et me laissaient tomber. Toutefois, ma femme est restée avec moi pendant plus de deux ans, et le problème n'a fait qu'empirer.

Elle pensait qu'en se comportant comme je le souhaitais, elle me ferait plaisir, ce qui était le cas, mais le succès qu'elle obtenait me faisait aussi terriblement peur. Encore une fois, cette peur a provoqué du ressentiment, ce ressentiment s'est transformé en colère et j'ai fini par la battre parce qu'elle faisait exactement ce que je voulais qu'elle fasse.

Après avoir enduré pendant plus de deux ans cette instabilité constante et après avoir été maintes fois victime de sévices qu'elle était absolument incapable de comprendre ou d'empêcher, ma femme a demandé le divorce en 1976. Quelques mois plus tard, j'ai rencontré une autre femme et après quelques mois et de nombreuses disputes, j'ai commencé à la battre. Nous nous sommes séparés quelques mois plus tard.

J'ai le sentiment d'avoir beaucoup changé au cours des deux dernières années et je pense que j'ai maintenant les outils et les attitudes nécessaires pour arriver à faire face à mes frustrations au lieu de m'en prendre aux personnes que j'aime.

J'aimerais vous mettre en garde contre une erreur que les gens font tous lorsqu'ils ont affaire à des agresseurs. C'est une erreur que les femmes battues commettent et c'est une erreur que les professionnels commettent. CHAQUE FOIS QUE J'AI BATTU MA FEMME, J'AI ÉPROUVÉ DES REMORDS. Chaque fois, les remords étaient pires que la fois précédente. Chaque fois, je promettais sincèrement de ne pas recommencer. Mais je recommencais.

Ne faites pas l'erreur de penser que les remords sont une solution au problème. Plus j'avais des remords, moins je me respectais et plus je devenais violent et colérique. Ce n'est pas dans les remords et la culpabilité que j'ai trouvé la réponse, mais en m'engageant dans la voie de la croissance spirituelle,

émotionnelle et intellectuelle. Si cette croissance cesse un jour, la situation redeviendra aussi difficile qu'elle l'était avant.

Michael Wicks
Résumé et reproduit avec l'autorisation de l'Association provinciale des maisons de transition, Saskatchewan (1978)

VIOLENCE CONJUGALE
4. LE SYNDROME DE LA FEMME BATTUE*

Peur: La peur est le sentiment le plus prononcé que ressent la victime d'une agression. La peur gouverne ses gestes et occupe constamment ses pensées lorsqu'elle est éveillée. Elle perturbe même son sommeil, causant insomnie et cauchemars à répétition, et peut créer une dépendance aux somnifères et aux tranquillisants. Il est probable que son conjoint l'a déjà menacée de lui infliger des blessures ou de la tuer si elle tentait de briser le silence ou, pire encore, si elle envisageait de le quitter. Il n'est pas rare qu'elle se soit fait dire : "Non seulement je vais te tuer, mais je vais détruire quiconque va d'aider à me quitter. Je vais te tuer, je vais tuer les enfants et je vais ensuite m'enlever la vie".

Négation/
Sous-estimation : Bon nombre de femmes sont paralysées par leur terreur. C'est souvent la raison pour laquelle elles ne font rien. Pour faire face à la peur omniprésente, beaucoup de femmes refusent d'admettre l'horreur de la violence et des menaces, et sous-estiment leur besoin de se sentir en sécurité. La plupart des femmes battues ont tendance à sous-estimer l'ampleur et la gravité des mauvais traitements dont elles sont victimes.

Isolement/
Dépendance : La femme battue n'a pas aisément accès à un réseau d'aide personnelle. Elle se tient tranquille parce qu'elle craint pour la sécurité des siens. Sa honte et son embarras à propos des mauvais traitements qu'elle reçoit la tiennent éloignée des autres. Même si elle tente d'aller vers les autres, son conjoint détruit souvent ses efforts en surveillant ses activités et en limitant ses contacts avec l'extérieur. Par son comportement grossier et odieux, celui-ci peut même délibérément faire fuir les parents et les amis de sa conjointe. L'isolement social de cette dernière limite ces possibilités d'obtenir d'autrui des réactions réalistes qui pourraient modifier sa perception de la situation. Sa solitude ne fait qu'accroître sa dépendance vis-à-vis de son conjoint, celui-là même qui crée cet

---

* Résumé d'un extrait tiré de Pour comprendre le problème des femmes battues : Guide de formation pour les conseillers et les intervenants, D. Sinclair, M.S.W., C.S.W., Ontario Government Bookstore Publications Services, Toronto, 1985 p. 30-35.

celui-là même qui crée cet isolement. Le cycle est complet.

Sentiment d'impuissance : La femme battue se trouve souvent dans un état "d'impuissance acquise". Cela veut dire que ses efforts pour contrôler, fuir ou éviter la violence ont été infructueux. Il en découle un sentiment d'impuissance qui l'amène à croire que rien de ce qu'elle fera ne pourra changer la situation. De nombreuses expériences psychologiques ont été faites sur des animaux pour illustrer ce phénomène. Par exemple, Seligman et ses collègues ont placé des chiens dans des cages et leur ont donné des chocs à des intervalles non prévisibles. Ces chiens ont perdu le moral et ont manifesté des signes visibles d'apathie et d'indifférence. Même lorsque la porte de la cage était ouverte, ils n'essayaient pas de s'enfuir. Pour contrer les effets de cette expérience, il a fallu à maintes reprises tirer les chiens hors de la cage pour qu'ils réapprennent à maîtriser la situation. Les femmes battues vivent une expérience semblable.

Reproches intériorisés : Comme bon nombre d'entre nous, les femmes battues ont des idées reçues au sujet de la violence conjugale. Elles grandissent en pensant que c'est à elles qu'il incombe de faire en sorte que le mariage soit une réussite. Si leur mari les maltraite, c'est sans doute de leur faute. Elles consacrent beaucoup de temps et d'énergie à planifier leurs activités et leurs conversations de manière à ne pas exaspérer leur mari. On dit souvent de ces femmes qu'elles "marchent sur des oeufs".

Espoir : Le conjoint violent ne l'est pas constamment. Il peut y avoir de longues périodes de répit, durant lesquelles la femme a l'impression d'avoir un mari gentil et aimant. C'est là qu'est le coeur de son ambivalence. Elle veut que la violence cesse mais elle ne veut pas briser son mariage. Elle espère que son conjoint va changer. Elle veut croire dans ses promesses.

Choix limités : La séparation du couple peut modifier radicalement le mode de vie de la femme. Celle qui restait à la maison pour s'occuper des enfants devra peut-être se chercher du travail et inscrire ses enfants à la garderie, ou elle devra peut-être recourir à l'assistance publique. La baisse du niveau de vie des femmes appartenant à la classe moyenne ou à la classe aisée peut être dramatique. Ce sont souvent

elles qui ont le plus de difficulté à s'adapter aux conséquences d'une séparation pour les motifs suivants :

- difficulté de trouver un emploi suffisamment rémunéré
- rareté des programmes de recyclage à l'intention des femmes forcées de retourner sur le marché du travail
- manque de services de garde de qualité à des prix abordables
- subventions pour la garde des enfants qui sont insuffisantes pour répondre à la demande
- rareté des services de soutien spécialisés.

Manque d'estime de soi :

Il se peut que la femme battue éprouve déjà un sentiment d'infériorité, et lorsqu'elle est agressée pour la première fois, cela peut confirmer ses soupçons qu'il y a quelque chose qui ne va pas chez elle. La femme qui se sent démunie pour contester le rôle traditionnel de la femme risque fort de continuer de vivre avec l'homme qui la bat. Plus elle intériorise son sentiment d'oppression, plus il lui faudra du temps pour cesser de croire qu'elle est une victime.

La dignité de la femme battue, sa confiance en elle et la foi qu'elle a dans ses aptitudes sont affaiblies. Mais le plus humiliant pour elle, c'est qu'elle a été battue par la personne qu'elle a choisi comme mari, celle qui devait l'aimer, la respecter et la chérir. Plus la situation est grave et s'éternise, plus la femme a une mauvaise image d'elle-même. Elle commence à croire que les injures qu'on lui lance sont vraies.

Conclusion :

Nous avons trop souvent tendance à rejeter la responsabilité de la situation sur la victime et à nous dire "Pourquoi reste-t-elle avec lui?", comme s'il y avait quelque chose qui n'allait pas chez elle. Il faut percevoir la femme battue d'un oeil plus positif. Il est plus utile de la voir comme une personne courageuse qui survit en dépit des nombreux obstacles auxquels elle se heurte. Autrement dit, nous devrions plutôt nous demander : "Où trouve-t-elle la force nécessaire pour quitter un conjoint violent compte tenu des circonstances?"

Note de la rédaction :

On peut *habituellement* diviser le cycle de la violence en trois étapes : (1) La situation devient de plus en plus tendue, (2) la violence éclate, et (3) les conjoints se réconcilient, éprouvent des remords et sont affectueux l'un

envers l'autre. Cette période de paix conjugale fait naître l'espoir chez la femme, la dissuade de signaler les mauvais traitements dont elle a été victime et la fait pratiquement tomber dans un cercle vicieux qui commence à l'étape (1).

VIOLENCE CONJUGALE
5. LE CYCLE
RESTER, PARTIR ET REVENIR*

Si les choses vont si mal, alors pourquoi la femme ne part-elle pas? Certaines femmes ne quittent jamais la maison, même pour quelques heures, mais la plupart des femmes sont parties, à un moment donné, avec l'intention de revenir un jour, mais parfois aussi avec l'intention de rompre définitivement. Ce va-et-vient reflète les tiraillements que provoquent chez la femme battue différents facteurs personnels, sociaux et matériels. La décision de partir et de revenir et les motifs qui la sous-tendent changent au fur et à mesure qu'évolue la perception qu'a la femme de sa position et que se détériorent les rapports entre les deux conjoints.

Au début, la femme pense que la violence va cesser et que son mari va se corriger. Elle peut alors décider d'aller passer quelques heures ou quelques jours chez ses parents afin de bien faire comprendre à son mari qu'elle s'oppose à cette violence, et de tenter d'accélérer ce qu'elle pense être le processus de réforme; elle veut que son mari se rende compte de ce que serait la vie sans sa présence, son affection, son travail ménager et, dans bien des cas, son soutien ou son apport financier. À ce moment, la suite des événements est presque toujours la même : le mari relance sa femme, s'excuse de l'avoir frappée, reconnaît son erreur, lui promet qu'il ne recommencera pas, lui répète qu'il l'aime et la supplie de revenir à la maison. *Pourquoi êtes-vous retournée?*

> "Oh, parce qu'il m'a fait tellement de promesses que s'en était incroyable."
>
> "Eh bien, il ne cessait de venir chez ma mère et, au début, j'ai pensé que cela lui avait peut-être donné une leçon."
>
> "Je voulais faire un effort et je voulais que ça marche. Je voulais savoir ce qui n'allait pas. C'était peut-être seulement un moment difficile qu'il traversait, vous savez. On ne peut quand même pas tirer sa révérence dès la première dispute. Que sais-je, il s'agissait peut-être d'une lubie, et j'ignorais si cela allait se reproduire ou pas. J'ai fait des efforts pour que ça marche, mais ça a échoué."
>
> "Angus m'a contactée et m'a dit qu'il voulait que je revienne, qu'il ne me frapperait plus jamais, que cela n'arriverait plus jamais. Je suis donc retournée à la maison. J'y était à peine depuis quinze jours quand il a recommencé à me battre. Je suis repartie."

---

* Extraits tirés de "Staying, Leaving and Returning" dans Violence Against Wives, Emerson, Dobash, Russell, The Free Press, MacMillan Publishing, New York, 1979, p. 144-160.

La situation peut se reproduire plusieurs fois avant que la femme ne finisse par comprendre que son mari est incapable de tenir sa promesse de ne plus la battre.

> "La dernière fois, il m'a suppliée de revenir à la maison, il m'a dit qu'il m'aimait, qu'il ne voulait pas que je demande le divorce. Et même si j'obtenais le divorce, il continuerait de venir me voir, et il voudrait que nous nous remarions. Je suis donc retournée vivre avec lui, mais je n'étais pas sûre de moi ... Avant de retourner, je lui ai dit que je n'étais pas sûre de mes sentiments."

Par la suite, la femme peut quitter temporairement le foyer conjugal pour échapper à la violence, puis y revenir en sachant que rien ne changera. Elle y retourne parce qu'il lui paraît justifié de sauver son mariage et parce que d'autres l'encouragent à le faire. Mais bien souvent, elle y retourne parce qu'elle n'a pas la possibilité de prendre la décision de rompre de façon définitive et de commencer une nouvelle vie. Les femmes à qui l'on a demandé d'évaluer leur mariage, abstraction faite de la violence, étaient très ambivalentes.

> "Eh bien, j'ai toujours été très attachée à lui, et je sais que c'est la même chose pour lui. Je suis prête à faire une nouvelle tentative, mais c'est la dernière fois."

> "Les gens me disaient de me débarrasser de lui, mais c'est difficile quand on éprouve quelque chose pour quelqu'un".

> "Aux yeux de mon mari, j'étais parfaite, et si quelqu'un osait parler de moi en mal, mon mari commençait aussitôt à argumenter que j'étais parfaite. C'est la raison pour laquelle j'ai mis tant de temps à me débarrasser des sentiments que j'éprouvais."

> "Lorsque je le voyais, j'éprouvais de la pitié pour lui et je revenais à la maison. J'étais pourtant déterminée à ne pas revenir, mais il réussissait à me convaincre."

> *À votre avis, pourquoi êtes-vous restée avec lui aussi longtemps?*

> "La peur, je crois. La peur de partir, la peur de rester."

La femme qui veut quitter son mari définitivement doit non seulement surmonter des obstacles comme ses craintes personnelles, la perte de standing et les sentiments ambivalents qu'elle éprouve envers son mari, mais aussi faire abstraction d'idées profondément ancrées, comme celles voulant qu'il faille préserver le mariage pratiquement à tout prix, que l'échec du mariage est principalement imputable à la femme et qu'un foyer désuni est pire pour les enfants qu'un foyer où vivent les deux parents, mais où règne la violence. Ces préjugés culturels lui sont inculqués par ses amis, sa famille et les travailleurs

sociaux.

Pour beaucoup de femmes, le premier obstacle à franchir consiste à trouver suffisamment d'argent pour pouvoir quitter la maison. Dans bien des cas, elles doivent y retourner peu de temps après parce qu'elles n'ont pas les moyens de faire autrement.

> "Parfois, il me jetait dehors, et je devais marcher dans la rue jusqu'au matin, jusqu'à ce qu'il parte. Une amie m'a prêté de l'argent pour acheter un billet d'autobus et partir, mais je ne savais pas où aller."
>
> "J'ai dû retourner à la maison car, vous savez, où peut-on trouver à se loger avec trois enfants?"
>
> "Ce n'est pas possible d'avoir une maison à soi. La seule façon de s'en sortir, pour une femme battue ou pour quelqu'un dans ma situation, c'est d'avoir de l'argent."

... Nous avons parlé à des centaines de femmes battues vivant en Angleterre, sur le continent européen et en Amérique du Nord, et nous pouvons affirmer catégoriquement que pas une de ces femmes n'a aimé être battue ou a trouvé cela excitant. Elles n'ont à aucun moment posé un geste visant à provoquer un comportement violent.

VIOLENCE CONJUGALE
6. POURQUOI LES HOMMES AGRESSENT-ILS LEUR CONJOINTE*

A. Facteurs d'ordre social

La société dans laquelle nous vivons comporte des attitudes et des valeurs masculines à l'égard des femmes voulant que l'on ferme les yeux sur les manifestations de violence dans le couple. Ainsi, on encourage fortement les hommes à manifester leur colère et leur agressivité, que ce soit dans l'exercice d'un sport ou comme moyen de régler un problème. Ce mode de règlement des conflits a été transposé dans la vie familiale. On a longtemps considéré que la violence conjugale était légitime, ce que confirme, historiquement, l'absence de mesures propres à prévenir cette violence ou à y mettre un terme (par exemple l'intervention des tribunaux ou des policiers, ou la réaction efficace de la collectivité). Il est important de mentionner que bien souvent, la cible de cette violence est l'épouse seulement. En effet, la société tolère mieux ce genre de comportement envers la femme** qu'elle ne le tolère envers un supérieur, un collègue ou un étranger. La violence conjugale est aussi un comportement acquis. Les hommes qui en ont été témoins dans leur enfance sont plus susceptibles que d'autre de battre leur femme à l'âge adulte.

B. Facteurs d'ordre psychologique

1. Remords, sous-estimation et négation

La plupart des hommes avec lesquels j'ai parlé estiment que les causes de leur comportement violent sont externes. Ils ne pensent pas qu'ils ont un problème.

> "Je l'ai frappée pour la seule raison qu'elle se disputait avec moi et qu'elle ne voulait pas m'écouter."
>
> "Je lui avais dit d'être de retour à 6 heures. Si elle était rentrée à l'heure, je ne l'aurais pas frappée."

---

* Adaptation d'un extrait tiré de David Currie "Group Models for Men Who Assault Their Partners", D. Sinclair, dans Pour comprendre le problème des femmes battues : Guide de formation pour les conseillers et les intervenants, (1985) Government Bookstore Publications Services, Toronto, p. 120-124 et 36-41.

** Dans une expérience faite par Shotland et Shaw, on a testé la réaction de passants qui voyaient un homme attaquer une femme. Ceux qui pensaient que les deux personnes étaient mariées hésitaient beaucoup plus à intervenir que ceux qui pensaient que c'étaient des étrangers.

"J'avais bu cette nuit-là. Je crois bien que j'en avais trop pris."

En outre, l'homme agresseur a tendance à sous-estimer la fréquence ou la gravité de la violence, ou encore à la nier.

"Je ne suis pas comme ces types qui battent vraiment leur femme. Je l'ai simplement poussée une ou deux fois."

"Je l'ai frappée seulement deux fois depuis un an."

Dans le premier exemple ci-dessus, l'homme a omis de mentionner que lorsqu'il a poussé sa femme, celle-ci a subi une légère commotion cérébrale lorsque sa tête a heurté le mur derrière elle. Dans le deuxième exemple, en plus d'avoir été frappée à plusieurs occasions, la femme a reçu un coup de poing au visage et a dû être hospitalisée pendant plusieurs jours.

2. Dépendance

Bon nombre des hommes que j'ai interrogés montrent une très grande dépendance dans leurs relations primaires. En effet, ils se demandent souvent où est et ce que fait leur conjointe. Ils sont plus affectés par la pensée de perdre leur conjointe ou de s'en séparer. Lorsque leur femme quitte la maison, ces hommes ont énormément de difficulté à faire face à la situation.

"Elle est partie il y a trois jours. Je pense constamment à elle. Je l'ai cherchée pendant des heures. Qu'est-ce que ça donne de vivre sans elle. J'ai cessé de manger, je ne peux plus dormir et je ne peux pas aller travailler."

L'incapacité de ces hommes de se séparer psychologiquement de leur conjointe dénote, sur le plan du développement, une incapacité de se différencier d'elle. Ces hommes sont excessivement jaloux et possessifs et éprouvent le désir d'être maîtres de la situation.

3. Rôles traditionnels

La majorité des hommes avec lesquels j'ai travaillé souscrivent aux idées reçues au sujet des modèles de comportement masculins et féminins. Ils ont grandi en pensant qu'ils seraient des "chefs de famille", que leurs paroles seraient les plus importantes et qu'ils seraient les détenteurs du pouvoir ultime. Ils ont appris très jeunes que l'expression des sentiments est un signe de faiblesse. Les hommes sont supposés être forts, maîtres de la situation, agressifs et gagnants. Être maître de la situation, cela signifie dominer sa femme et régir sa vie. Certains hommes qui contrôlent mal leurs impulsions ont si peu d'emprise sur leurs sentiments qu'ils ne se rendent pas compte de la rage qui les envahit. Soudainement, ils explosent! L'élément déclencheur semble insignifiant par rapport à leur réaction. Lorsque, par la suite, ils analysent les événements qui ont abouti à cette explosition de violence, ils déclarent avoir

senti qu'ils perdaient tout contrôle. En exprimant cette violence, ils tentent de se débarrasser de leur angoisse grandissante et de redevenir maîtres de la situation. En revanche, d'autres hommes ont une attitude tout à fait contraire. Ils se maîtrisent à outrance et savent exactement ce qu'ils font. Ils planifient leurs attaques. Ils décident à l'avance de l'endroit où ils vont frapper leur victime et de la force qu'ils vont utiliser pour atteindre leur objectif. Cet objectif consiste évidemment à effrayer leur conjointe afin de contrôler ses comportements. Ces hommes sont particulièrement dangereux et leurs conjointes sont souvent obligées de se cacher si elles veulent les quitter. Une adhésion aussi stricte aux modèles de comportement est source de stress et d'isolement émotif.

> "Financièrement, ma femme et mes enfants ne manquent de rien, mais j'aimerais bien avoir un bon ami et je sens que je n'en ai pas. Je ne sais pas comment parler de ce que je ressens."

Cet homme peut sembler avoir beaucoup d'amis mais ce sont des amitiés superficielles. Il est souvent perçu comme un bon gars, mais il tient les gens à distance. La seule personne qui le connaît vraiment, c'est sa femme. C'est souvent pour cette raison que les gens sont stupéfaits d'apprendre que cet homme peut être violent.

4. Manque d'estime de soi

Les hommes avec lesquels j'ai travaillé ont pensé et ressenti beaucoup de choses (p. ex. peur, confusion, panique, dépression, colère), mais se sont rarement sentis fiers d'être des agresseurs. En apparence, ils expriment souvent de la colère contre leur conjointe, qu'ils tiennent responsable de la situation, mais dans le fond d'eux-mêmes, ils éprouvent de la culpabilité et des remords, et se sentent impuissants et incapables de se maîtriser. La récurrence de la violence envers leur conjointe ne fait qu'éroder l'image négative qu'ils ont déjà d'eux-mêmes. Ces hommes se sentent souvent désespérés, mais ils l'admettent rarement, car cela sortirait du cadre des comportements masculins acceptés.

VIOLENCE CONJUGALE
7. JURISPRUDENCE

Les décisions suivantes sont citées uniquement à titre d'exemples des solutions qui peuvent être retenues dans les cas de violence conjugale et pour illustrer certains points soulevés dans l'EXEMPLE n° 1.

1. Faits similaires - Agressions répétées - Admissibilité

L.E.D. c. Sa Majesté la Reine, encore inédit, 10 août 1989 (C.S.C.).

Dans cette affaire, un homme était accusé d'avoir agressé sexuellement sa fille. La Cour a statué que la preuve d'agressions similaires commises dans le passé était effectivement admissible en première instance en tant que preuve de faits similaires afin de montrer que l'accusé avait un système ou une méthode d'agression. Toutefois, une deuxième série d'agressions commises dans le passé a été jugée inadmissible.

2. Rétractation d'un témoin - Témoignage d'expert

R. c. Jokas, non publié, 16 janvier 1990 (C.A.O.).

Dans cette affaire, la principale question en litige portait sur l'admissibilité du témoignage d'un expert cité par la Couronne pour expliquer une déclaration antérieure incompatible qui avait été présentée par la défense, et dans laquelle la victime disait qu'elle avait menti. Bien que les tribunaux d'appel ne se soient jamais prononcés sur cette question au Canada, la Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance d'admettre le témoignage de l'expert, et s'est référée à des décisions au même effet rendues par des tribunaux de première instance dans des cas d'agressions sexuelles et à des décisions américaines.

3. Agressions antérieures répétées - Pertinence quant à la détermination de la peine

R. c. Roud et Roud (1981), 58 C.C.C. (2d) 226 (C.A.O.) (autorisation de pourvoi devant la C.S.C. rejetée.)

Le tribunal a jugé admissible la preuve d'autres actes de violence commis envers la victime et son frère même si aucune accusation n'avait été portée, pour le motif que ces actes étaient révélateurs de la réputation et des antécédents de l'accusé et étaient, par conséquent, pertinents quant à la détermination de la peine.

4. Bonne réputation au sein de la collectivité - Réputation dans ses rapports avec les autres - Détermination de la peine

R. c. Hammond, appel non publié d'une déclaration sommaire c

culpabilité n° 307/89, 21 mars 1990 (Cour de district de l'Ontario).

Accusé de voies de fait, le prévenu, qui en était à sa première infraction et qui avait une bonne réputation au sein de la collectivité en tant qu'étudiant et que joueur étoile d'une équipe nationale de basketball, a été condamné à une peine d'emprisonnement de sept jours. La condamnation a été confirmée par la Cour d'appel qui a souligné qu'en dépit de la bonne réputation de l'accusé dans les domaines sportif et scolaire, celui-ci n'avait pas une bonne réputation sur le plan des relations affectives.

5. Violence conjugale - Réconciliation - Victime demandant que l'accusé ne soit pas emprisonné - Témoignage d'expert - Effet dissuasif - Détermination de la peine

R. c. Muniapen, non publié, 14 janvier 1987 (Cour de district de l'Ontario).

Malgré les intérêts de l'accusé et de sa femme, l'agression était très grave. En imposant une forte peine d'emprisonnement, le juge a voulu lui donner un effet dissuasif et souligner le caractère répugnant de l'acte ainsi que la nécessité de protéger la société.

6. Meurtre - Légitime défense - Témoignage d'expert - Syndrome de la femme battue

R. c. Lavallée, encore inédit, 3 mai 1990 (C.S.C.)

La Cour a statué que le témoignage d'un expert au sujet du syndrome de la femme battue était non seulement utile mais nécessaire pour comprendre les gestes et l'état mental de l'accusée, qui avait été battue par son conjoint de fait décédé.

C. LES FEMMES ET LE TRAVAIL
LES POURSUITES RELATIVES À LA GARDE DES ENFANTS ET EN PAIEMENT D'ALIMENTS

Page

EXEMPLE # 2

Faits 37

Sujets de discussion 38

Partie A : Questions relatives à la garde des enfants

Partie B : Questions relatives aux aliments

DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE

1. Fiche documentaire 40
2. Prestation de soins primaires 45
3. Le contexte socio-historique des aliments 50
4. La valeur du travail domestique 55
5. Jurisprudence 59

LES FEMMES ET LE TRAVAIL
LES POURSUITES RELATIVES À LA GARDE DES ENFANTS ET EN PAIEMENT D'ALIMENTS

EXEMPLE # 2

FAITS

Dans cet exemple, l'homme et la femme se sont mariés en 1980 et ont élu domicile dans une maison mobile située sur une ferme près de la maison des parents du mari. Ce dernier cultivait la terre avec son père. La femme avait un emploi de secrétaire. En 1984, le couple a adopté un nouveau-né et la femme a cessé de travailler pour s'occuper de l'enfant. Quatre ans plus tard, des difficultés sont survenues; la femme et l'enfant ont quitté la ferme pour s'installer en ville, dans un appartement situé près de l'endroit où vivaient les parents de la femme. Des procédures de divorce ont été intentées par la femme. La seule question en litige au procès était la garde de l'enfant, qui avait quatre ans à l'époque. Entre le moment de la séparation et celui du procès, la femme a trouvé du travail comme secrétaire, tandis que le mari a continué de travailler sur la ferme. L'enfant fréquentait une garderie pendant que sa mère était au travail. Les deux conjoints s'étaient mis d'accord pour que la mère ait provisoirement la garde de l'enfant et pour que le père ait un droit de visite un vendredi sur deux, jusqu'au mardi matin suivant. Le père compte se remarier et rester cultivateur. La mère envisage d'acheter une petite maison avec l'argent provenant du partage des biens et veut continuer de travailler. Au procès, le juge a statué que les deux parents étaient tout aussi capables l'un que l'autre de s'occuper de l'éducation de l'enfant sur les plans matériel, émotif et spirituel. À son avis, rien dans le mariage ou dans les circonstances ne lui permettait d'accorder la préférence à l'un des parents. En décidant d'accorder la garde de l'enfant au père, il a déclaré que celui-ci serait mieux placé pour prendre soin de l'enfant, car son horaire de travail à la ferme était plus flexible et il pourrait par conséquent consacrer plus de temps à l'enfant chaque jour durant les années préscolaires. Le juge a accordé à la mère un droit de visite sans restriction. Cette décision a été portée en appel et l'ordonnance de garde a été suspendue dans l'intervalle.

VOIR LE SKETCH
VIDÉO
DE L'EXEMPLE # 2

SUJETS DE DISCUSSION

EXEMPLE # 2

PARTIE A :
Questions relatives à la garde des enfants

1. Quelle décision préférez-vous et pourquoi? Quelles suppositions fait-on au sujet des rôles des sexes? Quelle valeur doit-on accorder à l'expérience du dispensateur de soins primaires et à la relation entre l'enfant et le dispensateur de soins primaires?

2. Si le juge avait des enfants dont le séjour en garderie aurait été concluant, sa décision serait-elle différente? Si le juge saisi d'une affaire était lui-même un dispensateur de soins primaires, sa propre évaluation du rôle du dispensateur de soins primaires serait-elle la même? Si le juge n'avait jamais été un dispensateur de soins primaires ou si ses enfants n'avaient jamais fréquenté une garderie, sa décision serait-elle différente?

3. Dans l'exemple susmentionné, si le père s'était remarié au moment de l'appel et que sa nouvelle femme pouvait s'occuper de l'enfant à temps plein, cela influerait-il sur votre décision et comment? Qu'est-ce que cela révèle au sujet du rôle du dispensateur de soins primaires et de la capacité de quelqu'un d'autre d'assumer aisément ce rôle? Quelles répercussions cela a-t-il sur les femmes qui choisissent de rester à la maison?

4. Le fait de ne pas évaluer correctement le rôle des dispensateurs de soins primaires a-t-il des répercussions sur la société, les dispensateurs de soins primaires et les enfants? Lesquels?

5. Dans les familles canadiennes dont les deux parents travaillent à l'extérieur du foyer, la notion d'un partage égal des responsabilités relatives aux tâches ménagères et aux soins des enfants est-elle une réalité ou un mythe? Quelles en sont les répercussions sur la capacité de gain actuelle et future des deux parents?

PARTIE B :
Questions relatives aux aliments

Les questions suivantes ne se rapportent pas aux faits énoncés dans l'exemple # 2.

6. Prenez l'exemple d'une famille dont les deux parents, ou un seul, travaillent à l'extérieur, mais dont presque toutes les responsabilités quant aux soins primaires à donner aux enfants continuent d'incomber à un seul.

   Quelles sont les possibilités économiques perdues pour les dispensateurs de soins primaires? Quels sont les gains économiques pour la personne qui n'est pas le dispensateur de soins primaires? Si les deux conjoints s'entendent sur le partage des tâches à ce chapitre, lequel des deux devrait subir les pertes économiques? Qui devrait tirer avantage de ces gains?

7. Si les conséquences et les avantages économiques du partage des tâches dans le mariage ne sont pas répartis également ou équitablement, les dispensateurs de soins primaires sont-ils condamnés à voir leur situation économique se détériorer au moment de l'échec du mariage? Quelles en sont les répercussions pour les femmes et les enfants? Y a-t-il une tendance à la *féminisation de la pauvreté*? Quelles en sont les répercussions sur la valeur des soins primaires dispensés aux enfants et sur la volonté des femmes de continuer d'assumer ce rôle ou sur le désir des hommes de jouer ce rôle?

8. Dans l'alinéa 15(7)b) de la *Loi sur le divorce*, il est question de répartir entre les époux les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants à charge, en sus de leur obligation financière commune, et de remédier à toute difficulté économique que le mariage leur cause.

   Doit-on considérer que les "conséquences économiques" comprennent non seulement les sommes dépensées, mais aussi les occasions perdues? Les "difficultés économiques" comprennent-elles les possibilités économiques perdues par le conjoint qui s'est chargé de prendre soin des enfants? La propre expérience de vie d'un juge peut-elle influer sur la façon dont il interprète ces mots?

9. Quelles sont les répercussions d'une ordonnance alimentaire à durée déterminée? Cette ordonnance est-elle représentative du temps dont une personne a besoin pour atteindre un certain niveau d'autonomie financière ou un niveau plus égal de sécurité financière? Comment pouvez-vous savoir que la durée prévue est suffisante? Dans quelles circonstances une telle ordonnance devrait-elle être rendue, par opposition à une ordonnance ne comportant aucune durée et pouvant par la suite faire l'objet d'une action en modification?

LES FEMMES ET L'EMPLOI
1. FICHE DOCUMENTAIRE*

Les femmes qui travaillent

. Le taux de participation des femmes dans la main-d'oeuvre active augmente chaque année[1].

. Plus de 50 % des femmes mariées âgées de moins de 55 ans travaillent à l'extérieur du foyer et les femmes continuent de travailler durant les années où elles sont en âge d'avoir des enfants[1].

. Seulement 39 % des femmes qui travaillent à l'extérieur sont protégées par un régime privé de retraite, par opposition à 54 % des hommes[2].

. En 1982, le revenu moyen des femmes correspondait à 63,9 % de celui des hommes[1].

. Les femmes sont encore majoritairement concentrées dans des secteurs d'emploi faiblement rémunérés, peu valorisés et où les possibilités d'avancement sont rares, comme le travail de bureau, la vente et les services[3].

- Les femmes profitent moins que les hommes des bienfaits de la syndicalisation et de la négociation collective puisque seulement 29,2 % des femmes qui travaillent à temps plein sont syndiquées, par opposition à 40 % des hommes qui travaillent à temps plein[1].

. La plupart des travailleurs à temps partiel sont des femmes; celles-ci préféreraient habituellement travailler à temps plein, mais les emplois sont rares[1].

- Seulement 11,9 % des femmes qui travaillent à temps partiel invoquent des motifs personnels et familiaux pour expliquer leur statut de travailleuses à temps partiel[4].

- En 1983, le revenu moyen des familles canadiennes dirigées par un homme s'élevait à 36 578 $, tandis que celui des familles dirigées par une femme s'élevait à 19 662 $[5].

- Selon des prévisions, la proportion des familles monoparentales augmentera de 85 % d'ici l'an 2000[6].

- Les femmes sans enfants qui travaillent à l'extérieur consacrent en

---

* Préparée par Donna Hackett, B.A., LL.B., avril 1990.

moyenne 30 heures par semaine aux travaux ménagers, tandis que leurs conjoints n'y consacrent en moyenne que 5 heures par semaine[7].

- Les femmes au foyer qui s'occupent des enfants et exécutent d'autres tâches ménagères travaillent entre 46 et 51 heures par semaine. Lorsque ces femmes entrent sur le marché du travail, leurs conjoints n'assument qu'une part très minime du surcroît de travail domestique qui en résulte[8].

Conséquences rattachées à l'éducation d'un enfant

- 64 % des Canadiennes déclarent qu'elles sont interrompues dans leur travail à cause de leurs responsabilités conjugales et familiales, tandis que moins d'un pourcent des hommes déclarent l'être[9].

- Les femmes sont trois fois plus susceptibles que les hommes de voir leur carrière interrompue à cause d'un mariage, d'une grossesse ou des soins à dispenser aux enfants[10].

- En 1984, il y avait au Canada 171 654 places dans des garderies ou des maisons privées autorisées à fournir des services de garde. Si une place était prévue pour tous les enfants des parents qui travaillent, il faudrait créer 1 950 000 places[11].

- Dans les actions en divorce, 92 % des enfants sont confiés à la garde de leur mère[12].

- En 1987, le coût annuel des services de garde sans but lucratif à Toronto était évalué à 5 870 $ pour les enfants d'âge préscolaire, à 3 130 $ pour les enfants âgés de 6 à 10 ans et à 1 565 $ pour les enfants de 10 ans et plus[13].

Conséquences économiques d'un divorce ou de la condition de parent seul

- En 1983, les ordonnances alimentaires rendues au Canada représentaient en moyenne le cinquième du revenu du mari[14].

- Le niveau de vie des femmes divorcées (et de leurs enfants) baisse de 73 % dans l'année qui suit le prononcé du divorce, tandis que celui des hommes divorcés augmente de 42 %[15].

- 43 % des familles monoparentales dirigées par une femme vivent sous le seuil de la pauvreté, par opposition à moins de 14 % des familles monoparentales dirigées par un homme[16].

- Les coûts liés à l'éducation d'un enfant sont moins élevés dans une famille biparentale que dans une famille monoparentale[17].

- En 1983, 20 % des enfants de moins de 16 ans vivaient sous le seuil de la pauvreté au Canada[18].

- Le revenu moyen des ménages dirigés par une femme, qui s'élevait à 64 % du revenu total moyen des ménages en 1967, est tombé à 52 % seulement en 1975, et continue de reculer; pour certains spécialistes, ce phénomène social s'appelle *féminisation de la pauvreté*. Dans la mesure où les enfants restent avec la mère après le divorce, ce phénomène entraîne aussi l'appauvrissement des enfants[19].

- Il ressort d'une étude de 23 ordonnances alimentaires rendues au Manitoba que le partage des biens a été à peu près équitable entre les unités familiales dans deux cas seulement. Dans 19 cas, l'ex-mari a obtenu une proportion beaucoup plus grande de l'avoir total des deux unités familiales une fois l'ordonnance rendue[20].

- Les femmes continuent d'être économiquement pénalisées d'une façon disproportionnée au moment de la rupture du mariage et de la décision subséquente des tribunaux[20].

RÉFÉRENCES

1. Juge Rosalie Abella, "Égalité en matière d'emploi", Rapport de la Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi, Octobre 1984, p. 60-62, 77 et 78.

2. Travail Canada, "Les femmes dans la population active", 1986, p. 81.

3. Bureau de la main-d'oeuvre féminine, Travail Canada, "Les femmes dans la population active : Partie I", Taux d'activité, Tableau 9, p. 61.

4. Statistique Canada, "La population active", n° de catalogue 71-001 (Mensuel), Décembre 1984, Tableau 87.

5. Statistique Canada, "Répartition du revenu au Canada selon la taille du revenu", n° de catalogue 13-207 (Annuel), 1983.

6. Statistique Canada, "Projections des ménages et des familles : Canada, provinces et territoires, 1976-2001", n° de catalogue 91-522, Décembre 1981, Tableau 3, p. 72.

7. Kathleen Lakey, "How Women's Work Supports the Economy", Symposium on Women and the Economy, Ottawa, Mars 1986, p. 27.

8. Julie White, "Les femmes et le travail à temps partiel", Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, Ottawa, 1983, p. 7-8.

9. T. Burch, "Enquête sur la famille (Conclusions préliminaires)", préparé pour Statistique Canada, 1985, p. 26.

10. Carol Rogerson, "Winning the Battle, Losing the War: The Plight of the Custodial Mother after Judgment", 1987, Association du barreau canadien de l'Ontario, Programme d'éducation juridique permanente, Février 1987, Tableau 9B.

11. Santé et Bien-être social Canada, Centre national d'information sur la garde de jour, *"Situation de la garde de jour au Canada*, 1984, p. 13-15, adapté par le Groupe de travail sur la garde d'enfants, Condition féminine Canada, p. 51.

12. Statistique Canada, *"Mariages et divorces, la statistique de l'état civil"*, Volume II, 1982, n° de catalogue 84-205, Annuel, Tableau 15, p. 23-25.

13. Ministère des services sociaux et communautaires et Direction générale de la condition féminine de l'Ontario, 1987. Nota bene : ces chiffres ne comprennent pas les dépenses supplémentaires engagées

durant les congés scolaires, les journées pédagogiques, les jours de maladie ou les jours de travail par quart. Tiré de "Fact Sheet", DGCFO.

14. D. McKie et autres, *"Divorce : La loi et la famille au Canada*, préparé pour Statistique Canada, 1983, p. 198.

15. Lenore Weitzman, *"The Divorce Revolution"*, (New York: Free Press, 1985), p. 323.

16. Statistique Canada, *"Répartition du revenu au Canada selon la taille du revenu"*, 1981, p. 69.

17. Social Planning Council of Metropolitan Toronto, *"Guide for Family Budgeting"*, 1984, p. 200.

18. Conseil national du bien-être social.

19. Mona Brown, *"Gender Equality in the Courts"*, Manitoba Association of Women and the Law, Novembre 1988, p. 45.

20. Manitoba Advisory Council on the Status of Women, *"The Economic Realities of Women under the Manitoba Family Maintenance Act"*, 1985, Annexe A, A-5, p. 1.

Yale Law and Policy Review
3(1) pages 168-186, Fall 1984.

The Primary Caretaker Parent Rule: Child Custody and the Dynamics of Greed

Richard Neely*

The discussion of divorce in our society dwells disproportionately on the problems of the upper middle class. This is understandable, because it is the upper middle class that disproportionately reads and writes books and articles about divorce and, therefore, has a disproportionate voice in fashioning the laws and social mores that affect those undergoing divorce. The problems of upper middle class individuals undergoing divorce, however, are different from those afflicting the less-well-off individuals who make up the bulk of the divorcing population. The guilt feelings that may oppress a Yale Medical School-trained single mother when she hires a full-time housekeeper to care for her three-year-old are difficult for her, but the problems facing most of the mothers who pass through my court are more urgent and more concrete. They have all they can do to pay the rent and utility bills, keep the car running and find a little adult conversation.

Their problems are made worse by a system of laws designed to provide the best possible decision in every case, but which instead has the effect of subjecting litigants to delays, inequities and intrusions so intolerable as to invest the whole divorce process with even more misery than is already present. These delays, inequities and intrusions encourage out-of-court settlements in divorce cases—settlements that effectively bypass the system of laws intended to govern the divorce process. A parent concerned with paying as little child support as possible can use the threat of a custody fight, with its never-certain outcome, as a lever during settlement negotiations. The result is that one parent—typically the father—winds up paying less in child support than the needs of the child or children warrant, while the other parent—typically the mother—is forced to scrape by on inadequate support, a problem exacerbated by the generally lower earning power of women. Although this result is certainly not

* Chief Justice, West Virginia Supreme Court of Appeals. Professor of Economics, University of Charleston. A.B. Dartmouth College, 1964; LL.B. Yale Law School, 1967. The author would like to thank Glenn Reynolds, Elizabeth Boggs, Cynthia Coe, John Colwell, Deborah Jeon and David Wesser, along with the entire staff of the *Yale Law & Policy Review*, for their excellent work in editing this article.

the sole cause of the feminization of poverty, even a brief glance at the way most settlements in divorce actions are reached should make the connection evident.

The old maternal preference rule, once used in child custody cases by many states, was an effective means of avoiding this sort of destructive gamesmanship. Such a rule, of course, is unfair to men who want custody. Many women also find the rule offensively sexist, notwithstanding, as I will argue, that it benefits women as a class. What is needed is a standard that does not promote sharp practice in custody negotiations, that does not penalize fathers on account of their sex, and that is not so unwieldy and intrusive that it constitutes a cure worse than the disease.

I believe that such a standard exists: It is the "Primary Caretaker Parent Rule" developed in West Virginia.[1] In the pages that follow, I will discuss in more detail the ways in which current child-custody rules work against the interests of those parents, predominantly women in today's society, who want strongly to keep their children after divorce. I will also discuss the ways in which rules intended to produce results that are in the best interests of the children involved are in fact so clumsy and oppressive as to constitute a positive menace to the well-being of many children who must endure them. I will then explain why I believe the primary caretaker parent rule to be a solution to many of these problems, one that is superior to the institution of joint custody in the vast majority of cases, despite joint custody's current trendy appeal.

. . . . . to page 180 . . . . . .

1 The primary caretaker parent rule is described in Garska v. McCoy, 278 S.E.2d 357 (W. Va. 1981). *See also* J.B. v. A.B., 161 W. Va. 332, 242 S.E.2d 248 (1978) (a precursor case which discussed the dynamics of the old maternal preference rule).

2 J. Weitzman, Child Advocacy 273 (1979); Derdeyn, *Child Custody Contests in Historical Perspective*, 133 Am. J. Psychiatry 1369, 1370 (1976). For documentation of the paternal preference and the emergence of the maternal preference in some states during the nineteenth century, see Foster & Freed, *Child Custody*, 39 N.Y.U. L. Rev. 423, 425 (1964); Schiller, *Child Custody: Evolution of Current Criteria*, 26 De Paul L. Rev. 241, 242-44 (1977); Comment, 12 Conn. L. Rev. 515, 515-17 (1980).

they leap to the insupportable conclusion that women *are* equal to men economically. It then follows that women can support children as well as men can and that whoever wants the children can pay for them.

In the real world, however, women are much poorer than men, and this pattern is highly resistant to change.[16] The cost of child care itself, in terms of lost working time, is a major economic burden placed on single mothers. Just getting the children is a tremendous economic burden: Aside from the great expense involved in feeding and clothing them, they absorb great amounts of time that could be spent earning money.[17] But the unfairness only begins there, as so many women are forced to accept lower child support and alimony payments in order to be sure of getting the children (and the accompanying economic burden) at all.

The everyday occurrence of children being traded for money should be sufficient in and of itself to prompt a reevaluation of a system that turns custody awards into bargaining chips. The fact that such trading also has contributed to the impoverishment of women makes the need for change still more urgent. What is needed, as I mentioned at the first, is a standard for custody awards that does not encourage such pernicious bargaining, but which also does not discriminate on the basis of sex.

16 "[Single] [w]omen maintaining families are far more likely to be unemployed than husbands or wives, their average (median) family income is less than half that of married couples, and they are five times as likely to be in poverty." Bureau of Labor Statistics, U.S. Dep't of Labor, Women at Work: A Chartbook 26 (1985). This gap seems to be widening. U.S. Commission on Civil Rights, Disadvantaged Women and Their Children: A Growing Crisis 6 (1983) (hereinafter cited as "Disadvantaged Women").

17 Of economically active women ages 25-34 with no spouse present, those without children worked an average of 1,966 hours annually, while those with children worked from 1,171 hours (for those with four or five children) to 1,775 hours (for those with one child). Smith, *Estimating Annual Hours of Labor Force Activity*, 106 Monthly Lab. Rev. 13, 19 (Feb. 1983).

This hardship is compounded in several ways. First, in order to work full-time, working mothers must obtain child care, which (unless relatives or friends are available on a regular basis) is always expensive and often prohibitively so. Disadvantaged Women, *supra* note 16, at 12-13, 63. Second, in general "[w]omen are segregated in a few occupations that pay low wages and have little promotion potential." *Id.* at 63. And third, there is evidence that the pressures of raising a family alone and bearing back poverty are major sources of emotional stress. *Id.* at 52. Note also that women acting as single parents "are also in the category of persons who are least likely to receive preventive health care or adequate care during illnesses." *Id.* Men, on the other hand, largely avoid the economic pitfalls afflicting divorced women. *Id.* at 12. For more [illegible] psychological strains suffered by working women see J. Westman, *supra* note 2, at 105; and Jo[illegible] & Johnson, *Attitudes Toward Parenting in Dual Career Families*, 134 Am. J. Psychia[illegible] 1[illegible] (1977).

II. *The Solution: The Primary Caretaker Parent Rule*

Most of the problems of child custody litigation can be avoided by not litigating the issue in the first place. It is here that the wisdom of the old maternal preference, or its sex-neutral alternative, the "primary caretaker parent rule," becomes apparent. The primary caretaker parent rule provides a presumption that severely limits opportunities for using child custody litigation as a bargaining chip. Sadly, however, the sex-neutral primary caretaker parent rule is unique to West Virginia law.[18]

West Virginia law does not permit a maternal preference. But we do accord an explicit and almost absolute preference to the "primary caretaker parent," defined as the parent who: (1) prepares the meals; (2) changes the diapers and dresses and bathes the child; (3) chauffeurs the child to school, church, friends' homes and the like; (4) provides medical attention, monitors the child's health, and is responsible for taking the child to the doctor; and (5) interacts with the child's friends, school authorities, and other parents engaged in activities that involve the child.

This list of criteria usually, but not necessarily, spells "mother." That fact reflects social reality; the rule itself is neutral on its face and in its application. In West Virginia we have women who pursue lucrative and successful careers while their husbands take care of the children; those husbands receive the benefit of the presumption as strongly as do traditional mothers. Furthermore, where both parents share child-rearing responsibilities equally, our courts hold hearings to determine which parent would be the better single parent.[19] This latter situation is rare, but is evidence of the actual sex-neutrality of the primary caretaker presumption.

Our rule inevitably involves some injustice to fathers who, as a group, are usually not primary caretakers. There are instances where the primary caretaker will not be the better custodian in the long run. Yet there is no guarantee that the courts will be able to know, in advance and based on the deliberately distorted evidence that characterizes courtroom custody proceedings, when such is the case. And, notwithstanding its theoretical imperfections, the primary caretaker parent rule acknowledges that exhaustive hearings

18 However, some states consider primary caretaker parent status as one factor in a "best interests" determination. *See e.g.* Jordan v. Jordan, 302 Pa. Super. 421, 425-26, 448 A.2d 1113, 1115 (1982); Derby and Derby, 91 Or. App. 803, 806, 571 P.2d 562, 564 [illegible]

Garska v. McCoy, 278 S.E.2d 357, 363 (W. Va. 1981).

on relative degrees of parenting ability rarely disclose any but the most gross variations in skill and suitability. Permitting such hearings inevitably has a distortive effect on the parties' behavior, and is likely to lead to potentially disastrous emotional trauma for all concerned if the case goes to court.

Any rule concerning custody matters will be sex-biased, in effect if not in form. An allegedly sex-neutral rule that permits exhaustive inquiry into relative degrees of parental fitness is inevitably going to favor men in most instances. This bias follows from the observed pattern that in consensual divorces where there is no fight over money—either because there isn't any or because there is enough to go around—women overwhelmingly receive custody through the willing acquiescence of their husbands. Experience teaches that if there is any chance that the average mother will lose her children at divorce, she will either stay married under oppressive conditions or trade away valuable economic rights to ensure that she will be given custody.

A. *How It Works*

Under West Virginia's scheme, the question of which parent, if either, is the primary caretaker is proved with lay testimony by the parties themselves, and by that of teachers, relatives and neighbors. Which parent does the lion's share of the chores can be demonstrated satisfactorily in less than an hour of the court's time in most cases. Once the primary caretaker has been identified, the only question is whether that parent is a "fit parent." In this regard, the court is not concerned with assessing relative degrees of fitness between the two parents, but only with whether the primary caretaker achieves a passing grade on an objective test.

To be a fit parent, a person must: (1) feed and clothe the child appropriately; (2) adequately supervise the child and protect him or her from harm; (3) provide habitable housing; (4) avoid extreme discipline, child abuse, and other similar vices; and (5) refrain from *grossly* immoral behavior under circumstances that would affect the child. In this last regard, restrained normal sexual behavior does not make a parent unfit. The law does not attend to traditional concepts of immorality in the abstract, but only to whether the child is a party to, or is influenced by, such behavior. Whether a primary caretaker parent meets these criteria can be determined through nonexpert testimony, and the criteria themselves are sufficiently

specific that they discourage frivolous disputation.[20]

Furthermore, we divide children into the three age groups I described earlier.[21] With regard to children of tender years, the primary caretaker presumption operates absolutely if the primary caretaker is a fit parent. When, however, we come to those children who may be able to formulate an intelligent opinion about their custody, our rule becomes more flexible. When the trial judge is unsure about the wisdom of awarding the children to the primary caretaker, he or she may ask the children for their preference and accord that preference whatever weight he or she deems appropriate. Thus, the only experts who can rebut the primary caretaker presumption are the children. The judge is not, however, required to hear the testimony of the children, and will usually not do so, particularly if he or she suspects bribery or undue influence. Nonetheless, by allowing the children to be the only acceptable experts in our courts, we do provide an escape valve in unusually hard cases.

Finally, once a child reaches the age of fourteen, we permit the child to name his or her guardian if both parents are fit. Often, as might be expected, this means that the parent who makes the child's life more comfortable will get custody; there is little alternative, however, since children over fourteen who are living where they do not want to live will become unhappy and ungovernable anyway. In all three cases, the parent who receives custody is primarily responsible for making decisions concerning the child and for providing the child's permanent home. The other parent, however, is usually accorded liberal visitation rights, including the right to have the child during holidays, part of the summer, and some weekends.

Although this method for handling child custody may appear overly cut-and-dried and insufficiently sensitive to the needs of individual children, it has reduced the volume of domestic litigation over child custody tremendously. Because litigation *per se* can be the cause of serious emotional damage to children (and to adults), we consider this to be in the best interests of our state's children. Even more importantly, children in West Virginia cannot be used as pawns in fights that are actually about money. Under our system a mother's lawyer can tell her that if she has been the primary caretaker and is a fit parent, she has *absolutely no chance* of losing custody of very young children. The result is that questions of alimony and child support are settled on their own merits.

20 *Id.* at 278 S.E.2d 361.
21 *See* p. 174, *supra*.

B. *Alternatives: Joint Custody, Mediation and the Rest*

By this point the reader may be desperate to interject that many of these problems can be solved by using the newest divorce court fad, joint custody. Under joint custody, divorced parents have equal time with the children and equal say in decisions about their schooling, religious training and lifestyle.[22] Joint custody, however, does not solve the problem of extortion in the settlement process since many mothers find shared custody as unacceptable as complete loss of custody.

Joint custody works well when both parents live in the same neighborhood or at least in the same city, and so long as they can cooperate on child-rearing matters. Divorcing couples on their own often agreed to joint custody in the past, long before court-ordered joint custody became a public issue. When joint custody is by agreement, the same cooperative spirit that animated the underlying agreement will usually allow the parents to rear a child with no more antagonism than is experienced in most married households.

Voluntary joint custody, however, must be distinguished from court-ordered joint custody. A court can order that custody be shared, but it cannot order that the parents stop bickering, stop disparaging each other, or accommodate one another in child care decisions as married persons would. And if parents do not live close to each other, joint custody can place an intolerable strain on a child's social and academic life if one parent is not willing to allow the other to supply a more-or-less permanent home.[23]

Furthermore, parents must constantly give permission for one thing or another. Who decides whether the child can have a driver's license at age sixteen? Who decides when the child can date, under what conditions, and with whom? When the parents violently disagree—and particularly when they disagree because they are continuing fights left over from the marriage—the child is likely to be left hopelessly confused as the parents are played off one against the other.

In West Virginia we do not encourage court-ordered joint custody, although parents can agree to such an arrangement. Elsewhere, however, legislatures are being urged to make court consideration of joint custody mandatory in all contested cases. In states that already encourage extensive litigation over child custody, the sparing use of joint custody may not cause any more damage than does the existing system. If the geography is right and the parents are mature, there is no reason why joint custody cannot work at least as well as, and sometimes better than, custody with one parent and visitation with the other. Joint custody as an option should not be rejected out of hand, but it should be recognized for what it is—a good middle ground that works occasionally when conditions are particularly favorable.

Another means of resolving custody disputes that has received considerable attention lately is that of mandatory custody mediation. One such service is the Custody and Divorce Mediation Service in Los Angeles County, California. Mandatory mediation of custody disputes is a statutory requirement in California; it was adopted statewide after a successful experiment in Los Angeles County. The Service works quite well for Los Angeles County in that very few cases in that county wind up being contested before a judge.

The mediator in Los Angeles does almost everything that a divorce judge would do, but in a much less formal atmosphere with the emphasis being on getting the viewpoints of the parties rather than on proving everything through outside witnesses. This makes for a much more comfortable proceeding than a standard courtroom hearing. Such proceedings are also less expensive than a courtroom custody contest.[24]

While many aspects of divorce can be handled successfully in a mediation-type setting, the mandatory mediation idea is nothing like the panacea that it has been proclaimed to be. Custody litigation should be quick and permanent. Any complicated approach that sets out to achieve perfect justice puts custody decisions up for grabs. Alternative approaches—joint custody, mediation, or best interests—are sure to be counterproductive in the end because they

---

22 Actually, in many cases one parent will provide the permanent residence of the child while other aspects of child raising are shared evenly. Generally, the parent with whom the child is staying at the time will make day-to-day decisions (e.g., permission for school outings), with major decisions being shared between the two. *See generally* Folberg & Graham, *Joint Custody of Children Following Divorce*, 12 U.C.D.L. Rev. 523 (19[illegible] thoroughly documented discussion of joint custody plans, including history and pred[illegible]g attitudes).

23 *See* text accompanying note 14, *supra*.

24 Telephone interview with Dr. Ronald Hulbert, Los Angeles County Conciliation Court, January 24, 1985. (Notes on file with the *Yale Law & Policy Review*.) For the California statute, see Cal. Civ. Code § 4509 (West 1983) (Conciliation Court guidelines); Cal. Civ. Proc. Code §§ 1730-72 (West 1983) (mandatory mediation in contested child [illegible]ody cases). For a discussion of Los Angeles County's mandatory mediation system [illegible] other non-mandatory systems, see Note, *New Judicial Resolution of Custody and Vis[illegible]tion Di[illegible]*, 12 U.C.D.L. Rev. 593 (1979).

will produce disastrous effects on out-of-court settlements. The prospect of losing custody at the hands of a mediator is just as terrifying as the prospect of losing custody at the hands of a judge.[25]

III. *Conclusion*

The nationwide debate over child custody, including the arguments for joint custody and a greater role for fathers, indicates just how acutely many men feel the loss of their children. But no matter how modern we seek to become, or how keenly we desire to be liberated from the oppressive hand of traditional institutions, it is not possible to create custody arrangements that satisfactorily duplicate parent-child relationships in happily married households. Divorce must be understood for what it is—sometimes the best way out of an intolerable situation, but often a tragedy and a disaster. Laws based on believing otherwise may give their (usually) upper middle class sponsors a warm feeling inside, but are likely to result in additional hardship for most divorcing families.

Legislatures may pass any number of custody statutes, and domestic courts may be given all manner of powers, but judges are nonetheless never going to be the architects of a brave new world of happy single-parent households. In my experience, courts are more like salvage crews. To the extent that husbands and wives engage in their own programs of damage control, they can salvage far more from the ruins than can courts. The talk about joint custody and its near-miraculous attributes misses the point. The point is that what a court orders is insignificant when compared to how the parents behave. Mature parents can make a bad court order work superbly; immature parents can—and usually will—make even the best court order useless.

Nonetheless, courts must do what they can to make things better. I believe that the West Virginia primary caretaker parent rule represents the best solution so far to the problems of gender neutrality

25 I do not mean to disparage the Los Angeles program. I believe, however, that its advantages do not stem from its impact on the matters that I have been discussing. Its main virtues are that it is cheaper and less threatening than a traditional courtroom battle over custody. Those are relative virtues, given the incredibly expensive and threatening nature of such battles: a 16-inch artillery shell is cheaper and less threatening than an MX missile, but ground zero remains an unattractive place to be. The virtue of the primary caretaker parent rule is that it eliminates such battles altogether. Joan Wexler makes a similar point in an article on modification of custody decrees: "In short, if the legal system provides no battleground, it is less likely that there will be a battle." Wexler, *Rethinking the Modification of Child Custody Decrees*, 94 YALE L.J. 757, 792 (1985).

and child custody bargaining. To the extent that fathers take an active role in child-raising, they are not disadvantaged at all by the rule. Yet at the same time, the rule prevents sham custody battles that are really about money. By so doing, it removes a major cause—though certainly not the only cause—of the explosive growth in the number of poor households headed by women.

The primary caretaker parent rule may strike some as unsatisfactory because it does not attempt to arrive at precisely the correct decision in each case. Adjudication, however, is an imprecise exercise. The greatest frustration in lawmaking is that there is never a choice between systems that work and systems that do not; the choice is always between two systems that are both unsatisfactory in some manner. The best that can be hoped for is a system that works better than others in most cases, and which doesn't do too much damage in the instances where it doesn't. By this test, the primary caretaker parent rule is a success: Although there is some unfairness to parents who do not take a preeminent role in caring for their children before divorce, that unfairness is more than balanced by the effectiveness of the rule in preventing the trading of children for money and in reducing drastically the need for complex and damaging inquiry into family life and parental fitness.

The virtues of West Virginia's scheme for handling child custody matters may be scant consolation to divorcing couples in New York, Iowa, or any other state that fails to appreciate the real-world pressures in divorce cases. However, if those states see fit to adopt the rule in the future, it will represent an important step toward freeing women and children from some of the worst effects of divorce. That is surely worth doing.

Excerpt from Freda M. Steel, "Alimony and Maintenance Orders", in Shellah L. Martin and Kathleen E. Mahoney (eds.), *Equality and Judicial Neutrality*, Carswell, 1987

3. HISTORICAL JUDICIAL ATTITUDES TO WOMEN IN FAMILY LAW

Historically one sees the stereotype of Mary, the dependent, virtuous wife and Eve, the greedy, guilty woman, embedded in the common law. The judiciary has not only been affected by these stereotypes, but, since the common law is by definition a judge-made law, has participated in their continuation.

Early English matrimonial law represented a pure example of the Mary stereotype — a married women who existed only through the actions of her husband. English matrimonial law treated the husband and wife as a single person.[19] As a married woman, the wife lost most of her personal property[20] and her husband became the owner, or, at least, had the use and benefit of her real property.[21] The law denied a married woman's separate legal existence.[22]

Reforms gradually introduced over the last 100 years have greatly alleviated the harsh legal position of the married woman in matrimonial law,[23] however they did not substantially change the stereotype that the labour and services of a married woman belonged to her husband as of right. The husband was entitled to the wife's labour but the wife was not entitled to compensation for that labour. That inferior role ascribed to married women under common law still affected family law decisions until quite recently. In 1970 for example, the Ohio Supreme Court held that a wife was "at most a superior servant to her husband . . . only a chattel with no personality, no property and no legally recognized feelings or rights".[24]

Perhaps the most famous Canadian example of this attitude was that of Mrs Murdoch.[25] In rejecting Mrs Murdoch's claim that her labour over 15 years earned her a proprietary share in the family farm the judges of the Supreme Court of Canada accepted the trial judge's view that "haying, raking, swapping, moving, driving trucks and tractors and teams, quieting horses, taking cattle back and forth to the reserve, dehorning, vaccinating, branding" was no more than an ordinary ranch wife would do.[26] Writers have recognized the impact of the judiciary's use of a traditional stereotype in this and similar cases.[27]

> There is no doubt that it was primarily the attitude of mind in the decision-maker in Rathwell (lower court decision) and the collective attitude of mind of the decision-makers in Murdoch, that produced the results in those cases, results which are totally unacceptable in the prevailing social climate

According to the "Mary" stereotype, not only did a married woman's labour belong to her husband but so did her body. The concept of the married woman as property is repeated once again in that bundle of rights and actions referred to as consortium. The underlying assumption in the action for loss of consortium was that since wifely services could easily be equated with those of any servant, legal liabilities for interference with the master-servant relationship was easily extended to cases of injury to the husband-wife relationship. At common law, wives could be compared to servants; a husband could therefore claim the benefit of the established cause of action for loss of the services of a negligently injured servant.[28]

Although the married woman belonged to her husband both in her labour and in her sexual services, the law did offer her financial protection, the right to alimony, should her [illegible] and) leave her but only so long as her conduct remained [illegible] the Mary stereotype. If she had been guilty of a marital offence, like adultery, she would lose entitlement to financial support or the amount of that support would be reduced. Research has found that the amount of support in divorce cases was closely linked with a judgment of relative guilt in regard to the grounds for the divorce.[29] Thus, until quite recently, both family law cases and legislation treated women with protective paternalism so long as they remained within their traditional stereotypes of good wives and mothers

---

19 For general reference see Jenks, *A Short History of English Law* (1920) at 225-29; Brownley and Webb, *Family Law* (1974) at 758, and Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), Vol. 1 c. 15.

20 Blackstone, *ibid.* at 430.

21 Blackstone, *ibid.*, 2nd ed. (1766), Vol. 1 at 433.

22 "By marriage, the husband and wife are one person in law: the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband: under whose wing, protection and cover, she performs everything . . ." Blackstone, *ibid.* 15th ed. (1809), Vol. 1 at 442.

23 For example, in England, the Married Women's Property Act of 1882 (45 & 46 Vict., c. 75) re-instated the legal existence of the married women. Similar Acts were passed in the common law jurisdictions of Canada and the United States. At least one author indicated that the limited change effected by the Married Women's Property Acts resulted from the fact that "the interpretation of married women's acts fell into the hands of judges who [illegible]ong lawyers had been educated in the legal supremacy of the husband": see Warren, "[illegible]band's Rights to Wives' Services" (1925), 38 Harv. L. Rev. 421 at 423.

24 Sachs and Wilson, *Sexism and the Law: A Study of Male Beliefs and Legal Bias in Britain*

25 *Murdoch v. Murdoch* (1975), 41 D.L.R. (3d) 367 (S.C.C.).

26 *Ibid.* at 376, 380.

27 Cooper-Stephenson, "Matrimonial Property Law in Saskatchewan — The Embarrassment of *Rathwell*" (1974-76), 40 Sask. L. Rev. 185 at 206.

28 Johnson & Knapp "Sex Discrimination by Law: A Study in Judicial Perspective" (1971) 46 N.Y.U.L. Rev. 674 at 731.

29 Rheinstein, *Marital Stability, Divorce and the Law* (1970) at 380. This research was corroborated by a 1981 Alberta study which found: "if the husband was the petitioner and adultery and/or physical cruelty were cited, maintenance was less likely to be awarded. If the [illegible] was the petitioner and she cited adultery as the marital offence, she was very likely to receive an award." See study of the Alberta Institute of Law Research and Reform, "Matrimonial Support Failure: Reason, Profiles and Perceptions of Individuals

(Mary) and punished them by lack of recognition of status, change of custody or financial hardship if they ventured outside of those boundaries and attempted to assert themselves apart from their husbands.[30]

4. THE RISE OF THE RULE OF SPOUSAL EQUALITY

As the women's movement infiltrated our general consciousness, and as more women entered the workforce and took more visible roles in our society, the once predominant choice of the "traditional" marriage has given way to a myriad of diverse patterns.

Increasingly, marriage was seen as a social and economic partnership of equals in which spouses who performed different functions nevertheless made equal contributions and had equal rights and obligations. The thrust of legal reform has been on ensuring that both men and women have equality of opportunity. Legal rules have been made gender neutral, so much so that there are no more wives or husbands in family law, only spouses. It was assumed that rule equality would result in actual equality.

The rise of rule equality in the last decade led to the passage of marital property legislation in every Canadian province and territory.[31] The legislation recognized that the physical and emotional contribution of a spouse involved in homemaking and childcare was equal to the financial contribution of the other spouse and should be compensated for by an equal share in the marital assets.

Rule equality in the area of maintenance awards meant that each spouse was expected to become self-supporting. The function of maintenance became rehabilitative, awards given in order to readjust the economic consequences flowing from the division of labour within a marriage.[32] One judge summarized the new perception by noting: "It is no longer seen as self-evident or desirable that marriage necessarily involve economic responsibilities to a spouse which may continue for long periods of time after the legal tie has been dissolved."[33]

30 Ryan, "Maintenance Obligations in a New Legal Concept of Marriage" (1975), 21 R.F.L. 1. The traditional common law philosophy of marriage is that it is a purchase by a man, in exchange for maintenance, of an exclusive right to the services, affection and sexuality of a woman. . . . The wife retains her unilateral right to support so long as she behaves herself

31 Matrimonial Property Act, R.S.A. 1980, c. M-9; Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121; Marital Property Act, S.M. 1978, c. 24 (also C.C.S.M., c. M45); Marital Property Act, S.N.B. 1980, c. M-1.1; Matrimonial Property Act, S.N. 1979, c. 32; Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c. 9; Family Law Act, S.O. 1986, c. 4; Family Law Reform Act, S.P.E.I. 1978, c. 6; Matrimonial Property Act, S.S. 1979, c. M-6.1; Civil Code of Quebec, art. 464; Matrimonial Property and Family Support Act, S.Y.T. 1979 (2nd), c. 11; Matrimonial Property Act, R.S.N.W.T. 1974, c. M-7.

32 This concept of maintenance, as serving a predominantly rehabilitative function, is reflected in many of the provincial statutes and now in the Divorce Act, 1985, S.C. 1986, c. 4, s. 15(7)(d).

33 *Messier v. Delage*, [1983] 2 S.C.R. 401 [Que.]

How has the judiciary reacted to the new attitudes reflected in this legislation? Initially, and still occasionally today, there were many examples where the judicial interpretation of such legislation exhibited the traditional "Mary" stereotype of the married woman as care-giver and homemaker.

A study of Saskatchewan decisions relating to the division of farm properties found that:[36]

> The farmwives whose contributions have been perceived as the equal of their husbands' . . . have participated in the day-to-day work of the farm in such ways as working on the land or with the livestock, driving machinery, doing bookkeeping and so forth. Often these wives have also contributed financially through monetary gifts and inheritances or employment income. . . . In at least two cases where numbers of children and lack of modern facilities have resulted in little time available for farming labours, the wives have received lessened awards, notwithstanding that the judges have recognized that the wife had few options in the matter.

Even when the judiciary puts aside the traditional stereotypes of Mary and Eve, the result to women does not improve substantially. The judicial application of the family law equality legislation has given rise to the use of stereotypes once again, albeit different ones. It is in the award of maintenance that the judicial application of equal treatment for women has had some of its most perverse consequences.

Most of the maintenance statutes use similar language and contain such terms as "self-sufficiency" — an inherently ambiguous concept with, as of yet, few guidelines to aid the courts in its interpretation and application. How is economic self-sufficiency to be defined? What factors are to be taken into account in its definition? When is a spouse "rehabilitated"? When she completes a vocational re-training program or when she reaches a salary level commensurate with the position that she would have had if she had continued in the workplace instead of staying home to raise children? How long is it appropriate to trace adverse economic consequences back to the marriage, thereby placing a continuing financial obligation upon the other spouse?

The answers to these questions depend to a large extent upon judicial discretion and the judiciary has embraced the concept of rehabilitative maintenance and equality of treatment with a vengeance. Women and children have sometimes become victims in divorce because judicial decisions in regard to maintenance awards can be influenced by misconceptions concerning the personal and economic consequences of divorce.[37] Persistent societal myths appear to influence the perception and responses of some judges in family law cases — myths that have introduced the

36 Bissett-Johnson and Holland, *Matrimonial Property Law in Canada* (1980) at S. 29-30

37 Hoffman, "Changes in Domestic Relations Court" in Hepperle and Crites (eds.), *Women in the Courts* (1978) at c. 7, and Arcaon "Educating the Judiciary," panel presentation at the Eleventh Conference on Women and the Law, San Francisco, February 28 - March 2 1980, as cited in Wikler, *supra* note 26 at 203

new stereotype of the "Superwoman" — a woman who can return to work outside the home anytime and at any age, a woman who can give her all to her career while juggling two kids and a dog.[38]

In Manitoba, a study was recently conducted by the Manitoba Advisory Council on the Status of Women.[42] The study was done in two stages. Stage one compared the percentage of income awarded to the mother and children as opposed to the income left in the hands of the father for maintenance decisions made in 1979, 1980 and 1981.[43] Twenty-three decisions relating to separations and divorces were analyzed. Nineteen of the cases indicated that the husband/father was generally granted a significantly larger proportion of the after maintenance income of the two family units when compared to the wife/mother. Only two of the 23 cases found division of income totals "which would most closely approximate an equitable financial distribution between family units".[44]

For the second stage this analysis was repeated in 1983-84 where 11 family law decisions of the Court of Queen's Bench and the Manitoba Court of Appeal from November 1983 to June 1984 were reviewed.[45] With some exceptions, an analysis of the cases revealed that "women continued to bear disproportionate economic penalties upon breakdown of marriage and subsequent court adjudication".[46] The economic burden of marital breakdown is especially heavy for two groups of women.

The first group of women hard hit by rehabilitative maintenance awards were women in their 40s and 50s who divorce after [illegible] term marriage. This group generally accounts for 20 per cent of all divorces.[47] An example of their dilemma is found in the case of *Taggart v. Taggart*,[48] the wife had few employable skills after a 27-year marriage and was only able to secure a clerical job paying $12,000 per year. Her husband was earning over $35,000 per year. The judge gave no maintenance as the couple's assets had already been shared equally under the province's marital property legislation. He assumed this division made the wife financially independent. Both spouses were in their early fifties but the result of this decision is that the husband increased his standard of living substantially; he now keeps all his salary for himself and retains his share of their assets to invest or enjoy. The wife on the other hand, must erode her share of

38 Segal, *Proposed Project on Judicial Attitudes Toward Women: An Introductory Overview*, Now Legal Defence and Education Fund Report (1978), and see *supra* note 14

42 Manitoba Advisory Council on the Status of Women, "The Economic Realities of Women under the Manitoba Family Maintenance Act" (1985)

43 *Ibid* at Appendix A, A-1

44 *Ibid* at Appendix A, A-5

45 *Ibid* at 29-30

46 *Supra* note 44 at 1

47 Hacker, review of Weitzman *The Divorce Revolution. The Unexpected Social and Economic Consequences [illegible] and Children in America* (1985), in *Fortune*, 23 Dec 1985, 167

48 [illegible], 30 Man. R. (2d) 1 (Q.B.). Another example is *Gutheil v. Gutheil* (1983), 34 R.F.L.

their assets to supplement her low income. She has no ability to plan for a secure economic future and her prospects for future career advancement are slight.

The second group of women most affected by rehabilitative maintenance awards are in their middle to late 30s and have custody of young children. These women accounted for 40 per cent of all divorces.[51] The maintenance awards made in these decisions revealed that the women almost always have less money available to live on than their husbands, even when they have one or more children in their custody. The low quantum of maintenance awards means that women and the children in their custody have a substantially lower standard of living after separation than their husbands.[52]

Again, the cases analyzed in the Manitoba study (albeit a small survey) confirm this result.[53] "Inevitably, a drop in standard of living is to be expected when a family income must support two households instead of one. However, in exercising the judicial discretion presently afforded them under the Act, judges have not been reducing the standard of living of each spouse equally."[54]

Thus, we see that the judicial application of the new legislation has

51 See *supra* note 47 at 160

52 This finding was repeated in a California study conducted one year after legal divorce which showed that men experienced a 42 per cent improvement in their post divorce standard of living while women experienced a 73 per cent loss. See, Weitzman, "The Economics of Divorce: Social And Economic Consequences of Property, Alimony and Child Support Awards" (1981), 28(6) U.C.L.A. L. Rev. 1181 at 1252

53 The cases were analyzed by the Manitoba study as follows:

Leb v. Leb (1984), 41 R.F.L. (2d) 82 (Man. Q.B.)	82 per cent for the husband and 18 per cent for the wife and two children after 19 years of marriage.
Isbister v. Isbister, [1981] 5 W.W.R. 443 (Man. C.A.)	54 per cent for the husband and 46 per cent for the wife and two children.
Taggart v. Taggart (1984), 30 Man. R. (2d) 1 (Q.B.)	75 per cent for the husband and 25 per cent for the wife after 27 years of marriage
Murray v. Murray (1984), 29 Man. R. (2d) 196 (Q.B.)	69 per cent for the husband and 31 per cent for the wife and one child
Note how the husband receives substantially more in those rare cases where he has custody of one or more children.	
Gutheil v. Gutheil (1983), 34 R.F.L. (2d) 50 (Man. Q.B.)	81 per cent for the husband and one child, 19 per cent for the wife
Jensen v. Jensen (1984), 30 Man. R. (2d) 137, varied 30 Man. R. (2d) 136 (C.A.)	65 per cent for the husband and one child, and 35 per cent for the wife and two children after 14 years of marriage
Ericsen v. Ericsen, [1984] W.D.F.L. 1018 (Man. Q.B.)	81 per cent for the husband and one child, 19 per cent for the wife

54 Manitoba Advisory Council on the Status of Women, "The Economic Realities of Wo[illegible] under the Manitoba Family Maintenance Act" (1985) at 14-15

led to the creation of a new stereotype of Superwoman who is as fully equipped as a man to earn an independent living. Or, as phrased by one judge in denying a woman's request for permanent alimony,[55]

> . . . when women's "destiny was to remain always in the home . . . providing for the needs and comforts of their family," women had limited education and almost no experience in commerce. Now, however, such conditions no longer exist. In this era of woman's liberation, movements and enlightened thinking . . . the woman is as fully equipped as the man to earn a living and to provide for her essential needs."

Unfortunately, this is simply not the reality.

5. THE JUDICIARY'S APPROACH TO RULE EQUALITY

The problem with rule equality as presently embraced by the judiciary is two-fold. First, a statute that divides "marital" property equally between spouses does not necessarily result in an equalization of economic positions and a consequent minimization of the need for maintenance. Most couples have minimal amounts of property.[56] Additionally, "marital" property is not always synonymous with the actual property owned by spouses. Most property statutes exclude property acquired before the marriage, gifts and inheritances. More importantly, in today's society, judges have excluded certain intangible assets, such as business goodwill,[57] professional licences and educational qualifications from the "marital property" to be divided, thereby excluding from division the assets with potentially the most value.[58]

Yet, having divided the "sharable" property as defined by statute, judges feel justified in reducing or eliminating maintenance altogether since both spouses are now presumably on equal footing. In reality the footing is not always equal and, in some cases, is quite precarious.[59]

55 *Beard v. Beard*, 262 So. 2d 269 at 271-72 (Fla. C.A., 1972).

56 In a 1977 random sample of California court dockets, less than half of the divorcing couples in Los Angeles showed evidence of having any major assets such as a house, business or pension. The relatively small number of both divorced and married couples who have substantial assets has been confirmed by other research in the United States and England. See Weitzman, *supra* note 32 at 1188-89.

57 However, see *Criton v. Criton* (1985), 50 R.F.L. (2d) 44 (Sask. C.A.) where the court held that the trial judge had erred in failing to assign value to goodwill.

58 See for example *Nunan v. Nunan* (1983), 37 R.F.L. (2d) 176 (Sask. U.F.C.) where the applicant's counsel contended that the respondent's medical degree was matrimonial property. The court held, at 178, that "the respondent's medical degree is not property that can be divided between the parties. It has no inherent value. It cannot be sold or transferred. It is only a qualification to do certain work." *Per* Dickson J. See also Raggio, "Professional Goodwill and Professional Licences as Property Subject to Distribution Upon Dissolution of Marriage (1982-83), 46 Sask. L.Q. 147. However, see *Keast v. Keast* (1986), 1 R.F.L. (3d) 401 (Ont. Dist. Ct.), *per* Killeen J. where the husband's medical degree was taken into consideration as a revenue producing asset. The wife was awarded a quasi restitutionary or compensatory support sum in recognition of her contribution to her husband's career potential of $1,000 per month for ten years.

59 For a general discussion of Canadian marital property regimes and the sharing of marital assets, see Steel, "The Ideal Marital Property Regime – What Would It Be?" in Sloss (ed.), *Family Law in Canada: New Directions* (1985) 127 at 145.

Second, the award of rehabilitative maintenance is often made in ignorance of economic reality. Dividing the few material assets and then leaving the wife free to pursue her own employment with minimal maintenance ignores too many salient factors. It ignores the fact that women may have given up the opportunity to pursue economic skills in favour of marriage. Until very recently, women were socialized to forego career development and job opportunities in order to devote themselves to their husbands and children. Even today many families decide jointly that the wife should be a full- or part-time homemaker, particularly when there are young children. Such women are at a disadvantage when they belatedly seek to compete in the labour market. Absence from the marketplace for a number of years causes special re-entry problems that may not always be alleviated by vocational retraining. The earning capacity for women is already lower than men[60] and limited employment opportunities for women and job-ghettos are still the rule.[61] These facts are exacerbated for divorced women since, depending on their previous skills, their age (older women encounter special discrimination in employment) and the length of their absence from the workplace, they may never catch up to the level other single women may have attained.[62]

Even where a woman continued to work for wages during the marriage, the burden of childcare after separation will take a toll on her career that does not exist for her former husband. Maintenance awards have ignored the fact that the custody of children has a significant impact upon one's financial future. Childcare is unpaid work that presently carries with it an extremely high opportunity cost in terms of lost earning capacity. Judges often ignore that opportunity cost. The reality is that women continue to bear the primary burden of childcare both during and after marriage.[63]

Given the lack of adequate childcare facilities,[64] the quantum of child

60 In 1984, the average income of a Canadian woman was $11,863 as compared to a man's average income of $21,376: see Statistics Canada, "Income Distribution by Size in Canada" (1984), catalogue 13-206 at 22, Table 6.

61 Economic Council of Canada, 20th Annual Review, "On the Mend" (1983) at 89-90.

62 By the way, I refer specifically to women in these cases. Although the law is clear that maintenance awards may be obtained by a man, the reality is such that the majority of awards are still being made to women, and given the economic realities that I have just described, this is not surprising.

63 After marital breakup women typically retain custody of the dependent children of the marriage. Empirical studies in the United States and Canada indicate that mothers are almost invariably given the responsibility of caring for dependent children in the event of separation or divorce. For example, between 1969 and 1979, custody was awarded to the wife in 85.6 per cent of divorces involving children, according to Statistics Canada *Divorce: Law and the Family in Canada* (1983) at 202, Table 2. Interestingly, the same report indicates, at 223, that fathers did not gain custody of their children any more often in 1979 than they did 10 years earlier.

64 Report of the Task Force on Child Care, Status of Women in Canada, Minister of Supply and Services (1986).

support awards[65] and the amount enforced,[66] this "new equality" is producing a new class of poor — divorced women and their dependent children. In Canada today one out of six families with children is now a single-parent family, predominantly headed by women. Evidence indicates that the bulk of single-parent families with young children experience serious financial difficulties.[67] These are the economic realities which should be considered when awarding maintenance if the "feminization of poverty"[68] is to be controlled.

6. CONCLUSION

Judges are not unique in allowing attitudes to affect decision making. They share that characteristic with all other men and women. As Justice Cardozo stated:[69]

> Deep below consciousness are other forces, the likes and the dislikes, the predilections and the prejudices the complex of instincts and emotions and habits and convictions which make the man whether he be litigant or judge.

However, the judiciary is singled out for special attention since the judge in our society occupies a unique position of high esteem. In return for this honour, the judge assumes a special burden of personal responsibility for the fairness and objectivity of approach to the issues presented for resolution. The burden has become especially heavy in the age of the Charter[70] where our courts now have the explicit power to make fundamental policy choices for our society.

65 See Dulude, *Love, Marriage and Money: An Analysis of Financial Relations Between the Spouses* (1984)

66 In 1974 a report of the Law Reform Commission of Canada estimated that some degree of default with respect to obligations arising under maintenance orders occurred in as many as 75 per cent of all orders. For a discussion of the problems resulting from poor maintenance enforcement and a discussion of some recent legislative and administrative reforms, see Steel, "The Role of the State in the Enforcement of Maintenance" in Pask, Mahoney and Brown (eds.), *Women, The Law and the Economy* (1985) at 197, and Steel, "Maintenance Enforcement in Canada" (1985), 17 Ottawa L. Rev. 491; reprinted in (1986), 50 R.F.L. (2d) 182.

67 See Economic Council of Canada, Twentieth Annual Review, "On the Mend" (1983), and *Admittance Restricted*, Canadian Council on Children and Youth (1978) at 25. See also Mossman, "Family Law and Social Welfare: Toward a New Equality" paper presented to the Family Law Section, Canadian Association of Law Teachers, Kingston, April 1985 at 10-17, where the author discusses the statistical evidence that indicates that single parent families are less well off than two-parent families and that the poorest single parents are divorced women with dependent children. See also Statistics Canada, *Canada's Lone Parent Families* (1984), catalogue 99-993.

68 The phrase "feminization of poverty" has been used by a number of writers including Mossman, *supra* note 68 at 17 when she concludes "it appears that a significant proportion [of] separated, deserted and divorced wives are increasingly the recipients of social and welfare assistance, a further confirmation of the 'feminization of poverty'".

Given that burden, a judge has a duty, insofar as it is possible, to perform judicial functions without yielding to the many prejudices and biases that influence others in every aspect of their daily lives.

No area of law impacts on more women with greater force than family law, in particular the area of support awards and enforcement. It is essential that judges inform themselves about the economic realities for women and what can reasonably occur as a result of their awards.

A court's assumption that "the woman is as fully equipped as the man to earn a living and provide for her essential needs"[71] was not true in 1972 and is not true in 1986. We live in a time of transition.[72] "Women today do sit on the Supreme Court, run for high office and walk in space, but not every woman is Superwoman."[73]

71 *Beard v. Beard*, 262 So. 2d 269 at 271-72 (Fla. C.A., 1972)

72 It is a time of transition for social roles generally. See Glendon, "The New Marriage and the New Property" in Eekelaar and Katz (eds.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies: Areas of Legal, Social and Ethical Change. An International and Disciplinary Study* (1980) at 59-70. See also Eichler, "Families and Policies for Them in Canada: From Where to Where?", paper presented at the Tenth Anniversary Conference of the Canadian Institute for Administration of Justice, Ottawa, October 1984 at 2-

Article in Shellah L. Martin & Martin & Kathleen E. Mahoney (eds.), *Equality and Judicial Neutrality*, Carswell, 1987

EVALUATION OF HOMEMAKING SERVICES IN QUEBEC

*Bartha Knoppers**

. INTRODUCTION

Current market figures set the value of homemaking services at $2,000 per year.[1] In Quebec, however, awards for homemaking services ollowing divorce are rare, if not nonexistent.

As early as 1978, Kenneth Cooper-Stephenson in an article entitled Damages for Loss of Working Capacity for Women" stated:[2] "It is clear hat the courts, dominated by male adjudicators, have been outdated in heir approach to women in the labor force, and are out of touch with he current concept of the true value and role of women as homemakers".

In Quebec, since the reforms in family law of 1981 and 1982, the ourts have been faced with the application of certain imperative provisions f law, provisions of public order applicable to all spouses irrespective f their marriage contract or any other arrangements made between them.[3]

Amongst these imperative provisions, two are particularly important ith respect to homemakers: first, the mutual obligation to contribute ward the expenses of the marriage in proportion to respective means,

* Associate Professor of Law, University of Montreal.

Vandelac et al., *Du travail et de l'amour: les dessous de la production domestique* (1985). Les Editions St-Martin at 184. Based on "Rent-a-Wife" fees ($10.00/hour x 99.6 hours of work a week on a fee for services basis) This author asks whether the effective translation of such a labour of love into real market figures would finally enable women to be heard at a political level. Such reductionist monetary evaluations are, however, according to this same author based on dubious neo-classical grounds since they hide the distinct sex roles and functions of the male and female as well as the impact of such distinctions on salaries and on domestic and social reproduction. Indeed, in the case of death or injury of a homemaker, no juridical or economic evaluation of damages for loss of homemaking services has included procreation, its assets, liabilities and contingencies in the accounting and measuring process. Nor has the loss of homemaking capacity been seen as a loss to the woman herself of her own earning capacity, but rather one of her partner or children.

(1978) 79 1, 43 Sask. L. Rev. 7 at 8.

See the Civil Code of Quebec, art. 440. In no case may spouses derogate from the provisions of this chapter, whatever their matrimonial regime, art. 441. the spouses have identical rights and obligations in marriage. They owe each other respect, fidelity, succour and assistance. They must live together.

each spouse being able to "make his contribution by his activity within the home";[4] second, the possibility of the award of a compensatory allowance upon separation, death or divorce. This permits the court to award to either spouse, or to the surviving spouse, as compensation for his contribution in goods or *services* to the enrichment of the patrimony of the other an allowance, or the granting of a right of ownership, use, or habitation in the principal family residence.[5]

The first part of this paper will examine the interpretation given by the Quebec courts to this notion of compensation for "services", in particular for homemaking services.

The second part of this paper on the evaluation of homemaking services will attempt to outline current economic methods of evaluation and present alternative approaches. It is argued that current discriminatory awards for homemaking services reflect the socio-economic reality of women and perpetuate "a philosophy of inequality in job opportunity and remuneration in the labour force".[6]

2. THE UNDEREVALUATION OF HOMEMAKING SERVICES

In the absence of a definition of goods and services in the Civil Code of Quebec generally, the simple fact of marriage is not in and of itself sufficient to attract an award of a compensatory allowance when proof of an actual and direct contribution to the enrichment of the other spouse cannot be made.[7] The concept distinguishes the right to compensation from one based on an alimentary obligation as well as from one which arises from a right of ownership. The legislative intention, we must conclude, was both to create the possibility of awarding an indemnity at the end of a marriage above and beyond the alimentary equation of need and ability to pay and to mitigate the sometimes harsh effects of the matrimonial regime of separation as to property. This compensation is, however, limited to situations of proof of actual contribution, enrichment of the patrimony of the spouse and of a causal link between contribution and enrichment.

Enrichment being interpreted as economic, the first cases on the compensatory principle simply adopted the rationale of *Leatherdale v Leatherdale*, in spite of its common law origins, and thus refused compensation for domestic services.[8] The compensatory allowance was thus

4 Civil Code of Quebec, art. 445.

5 Civil Code of Quebec, arts. 459 and 559.

6 Cooper-Stephenson, "Damages for Loss of Working Capacity for Women", *supra* note 2.

7 *Droit de la famille – 170*, [1984] C.S. 1053. For an in depth analysis of the compensatory allowance in Quebec civil law generally, see Knoppers and McComiskey, "Matrimonial Regimes in the Province of Quebec" in Bissett-Johnson and Holland (eds.), *Matrimonial Property Law in Canada* (1980).

8 *Droit de la famille – 167*, [1984] C.A. 1047, *Droit de la famille – 141*, Sup. Ct., St-François [1984] 553, *Leatherdale v. Leatherdale* [1982] 2 S.C.R. 743 [Ont.].

limited to cases of financial contribution[9] or the provision of services, for example, by way of work in the family business.[10] In fact, from its adoption in 1982 till 1985, judicial interpretation by the lower courts limited the award of a compensatory allowance to the homemaker spouse to those situations where only one spouse assumed the expenses of the marriage while the other used income for investment purposes,[11] or where only one assumed the domestic or childcare tasks, thus freeing the other to acquire greater capital.[12] Only homemaking services above and beyond the ordinary attracted compensation,[13] as art. 445 of the Quebec Civil Code mandated reciprocity and equality in the home.

This approach was confirmed in 1985 and again in 1986 by the Quebec Court of Appeal[14] for the following reasons: respect for contractual freedom (the aim of the allowance not being to substitute a division of assets for the will of the parties as expressed in their marriage contract of separation of property); absence of proof of the identifiable, quantifiable value of domestic services; and finally, absence of proof of a direct causal

9 *Droit de la famille — 141*, Sup. Ct., Montréal J.E. 84-533; see also *Droit de la famille — 212*, Sup. Ct., St-Hyacinthe J.E. 85-572 (spouse was wage earner but also did work on the house, made loans to husband and paid most household expenses which freed the husband to pay the mortgage). *Droit de la famille — 49* (1983), C.S. 996, *Droit de la famille — 67*, [1985] C.A. 135; *Droit de la famille — 42*, Sup. Ct., Montréal J.E. 83-486, *Droit de la famille — 246*, Sup. Ct., Québec J.E. 85-1034; *Droit de la famille — 158*, Sup. Ct., Montréal J.E. 85-722; *Droit de la famille — 144* (1984), C.S. 647 (on appeal), *Rocheleau v. Bachalon*, Sup. Ct., Drummond 405-04-000046-824; *Droit de la famille — 49* (1983), C.S. 996 (wife alone assuming household repairs and maintenance).

10 *Droit de la famille — 41*, Sup. Ct., Montréal J.E. 83-485 (wife working in husband's restaurant); *Droit de la famille — 166*, Sup. Ct., Beauharnois J.E. 84-861 (wife working on husband's farm); *Droit de la famille — 160*, Sup. Ct., Beauharnois J.E. 84-742 (wife acting as supervisor for husband's tenants); *Droit de la famille — 33* (1983), C.S. 49 (wife helping husband in butcher shop, washing uniforms, making meals for employees); *Droit de la famille — 147* (1984), C.S. 639 (wife helping husband in running of business); *Droit de la famille — 173* (1984), C.S. 1139 (husband received home on condition of taking care of his father and mother — task was undertaken by wife).

11 *Droit de la famille — 144* (1984), C.S. 646 (on appeal, wife working as secretary since the separation and sole supporter of the family).

12 *Droit de la famille — 147* (1984), C.S. 639, *Droit de la famille — 33*, Sup. Ct., Montréal J.E. 83-393, *Droit de la famille — 160*, Sup. Ct., Montréal J.E. 84-742.

13 *Droit de la famille — 46*, (1983), C.S. 392, (40-year marriage, 6 children, wife took care of tenants, home repairs, foster children and the ailing parents-in-law), *Droit de la famille — 33*, Sup. Ct., Montréal J.E. 83-593, *Droit de la famille — 13* (1983), C.S. 42, *Droit de la famille — 144* (1983), C.S. 646 (on appeal), *Droit de la famille — 167* (1983), C.S. 1047.

14 *Droit de la famille — 67*, [1985] C.A. 135 (only "exceptional" or "additional" services may attract compensation). Two of the three judges did however hold that art. 539 of the Code did not distinguish between the types of compensable "goods and services" and that domestic services were not excluded *a priori* and finally, that only enrichment was determinative. Thus, they left the door open for those extreme cases of domestic services beyond the ordinary where the enrichment could be shown. The case was affirmed in *Droit de la famille — 221*, [1986] R.J.Q. 683 at 696. The Court of Appeal did not qualify as [illegible] the fact that the wife alone raised the four children, assumed all domestic duties and that the husband treated his wife as a maid. This was not denied

relationship between the domestic services and the enrichment of the patrimony of the other spouse. The Court of Appeal found the notion of calculating which domestic tasks exceeded one's marital obligations under article 445 C.C.Q. as repugnant but did leave the door open for compensation in some extreme cases where proof could be made. Thus, apart from the possibility of an exceptional case of "excessive" domestic services,[15] only contribution by means of a salary,[16] other economic contribution, or for services rendered in the business,[17] or professional life[18] of the other spouse will attract a compensatory allowance in Quebec.

Such judicial limitations on the recourse to the compensatory allowance as a means of recognizing the value of homemaking services undermine the goals of the equality reforms. Ironically, the legislature while proclaiming and mandating the equal rights and obligations of the spouses

15 The most poignant case is *Droit de la famille — 235*, [1986] R.D.F. 380 (32 years of marriage, 2 children. The wife, though from a [illegible] background, spent the first six years of marriage in a home without running water. The husband was absent during the week. She hauled wood, did his books on the weekend, sewed clothes for the whole family, kept a garden, furnished the home and maintained and cleaned it, washed on a scrubboard, until 1984, never went to a restaurant or on holidays, etc. The assets of the defendant husband at the time of divorce were $175,000).

The fact of being an "economical" and thrifty homemaker is not in itself sufficient even where the court recognizes that the family budget would have been much greater and where the spouse profits from the improved quality and standard of living such economy permits the family to acquire. *Droit de la famille — 1028*, [1986] R.D.F. 237, see also *Droit de la famille — 271*, [1986] R.D.F. 49, and *Droit de la famille — 1014*, [1986] R.D.F. 114 (34 years of marriage and 4 children, husband an alcoholic, wife alone assuming all homemaking tasks in addition to outside employment and other tasks such as sewing in order to earn income).

16 See the cases *supra* note 9.

17 See the cases *supra* note 10.

18 *Droit de la famille — 193*, Sup. Ct., Montréal J.E. 85-409; *Droit de la famille — 36*, Sup. Ct., Québec J.E. 83-436, *Droit de la famille — 158*, Sup. Ct. Montréal J.E. 84-722. According to a recent judgment of the Superior Court — Montréal 500-12-12838-835, September 1986 (unreported) — in the case where the father of the wife contributed to the payment of the husband's medical school expenses, the wife could not claim a compensatory allowance since she had "profited" from her husband's subsequent high income over a period of 15 years following his graduation. The court left open the possibility of a compensatory allowance in those cases where one spouse leaves the supporting spouse immediately upon graduation. According to this decision (at p. 24 of the unreported judgment) the licence to practice medicine does not constitute marital property. "Les connaissances académiques et le droit d'exercer une profession ne constituent certes pas un bien meuble au sens du *Code civil du Québec*."

In contrast, see *Droit de la famille — 1009*, [1986] R.D.F. 11 (20 years of marriage, 2 children, the wife, a nurse, worked outside of the home for the first three years of the marriage and then in the home for 17 years while the husband studied for 8 years after which his wife received his clients for business purposes and raised and educated the children alone thus freeing the husband to increase his patrimony. See also *Droit de la famille — 1011*, [1986] R.D.F. 109 (17 years of marriage, 4 children. While the husband was in medical school and after, the wife assumed all homemaking tasks as well as working as secretary, telephone operator, receptionist and assistant in her husband's business interests). The most recent case, *Droit de la famille — 111*, Sup. Ct., Montreal 11-86-1050, considered the husband's medical degree as a contribution to couple and

and the obligatory joint contribution to the expenses of the marriage did not specify the meaning of "services" thus jeopardizing the homemaker's ability to receive value for such services. Judicial interpretation could have permitted a more equitable approach if the notions of services and enrichment had not been interpreted so narrowly.[19]

The real weakness of the Court of Appeal decision (and probably of the lawyers presenting the case) was its failure to make use of economic analyses quantifying the value of homemaking services. Nevertheless, even tables which quantify the value of homemaking services in mathematical terms fail to incorporate valuation for lost years, lost benefits, reduced income-earning potential and, most particularly, for the physical and mental cost of procreation.[20] All of this underlines the need to re-evaluate homemaking services.

3. THE RE-EVALUATION OF HOMEMAKING SERVICES

An examination of current equivalency tables for the market evaluation of domestic chores reveals no consideration of inequalities in the market place such as unequal pay. The methodology used to calculate their value incorporates existing biases[21] and reveals the need to look at alternatives, to negotiate a "new deal".[22]

Homemaking tasks are traditionally evaluated according to the replacement cost in the market place. Such an approach perpetuates male-female pay inequity and serves to underscore the chronic devaluation of "female" tasks.[23] This is illustrated by the fact that a housecleaner or an animal keeper will earn twice what a babysitter will earn. Furthermore, male domestic activities which only total 10-35 per cent of the activities of their spouse have a higher market value.[24] Thus, it pays 12 times as much to take care of the car, or 15 times as much to paint the house as to take care of a child in the same period of time.[25]

In addition, the multifaceted nature of homemaking is such that it

19 If, for example, child care or other professional services could be assessed separately from "contribution within the home" as per art. 445 (seen strictly as *domestic* housecleaning/keeping services), it could be argued that the homemaker who, in addition to such domestic services, assumes alone the responsibility for the education, maintenance and other tasks related to the care of the children of the marriage exceeds her joint legal obligation to contribute "to the expenses of the marriage" and should be compensated for such "overload" where it can be shown that the spouse's patrimony increased accordingly

Note that art. 443 maintains that the "spouses *together* take in hand the moral and material direction of the family, exercise parental authority and assume the tasks resulting therefrom".

20 See Vandelac et al., *Du travail et de l'amour: les dessous de la production domestique* (1985), Les Éditions St. Martin at 218.

21 O. Hawrylyshn, *Estimating the Value of Household Work in Canada* (1978), Statistics Canada

22 *Ibid*

23 Vandelac, *supra*, note 20 at 219

24 *Ibid*, see tables at 219-38

25 *Ibid*

cannot be adequately compensated under the replacement cost approach since it fails to incorporate other homemaking activities such as counselling, support, companionship, procreation, promotion of the other, not to mention intermittent hours, standby services, frugality, solicitude and so on.[26]

Another method of evaluation is the opportunity cost approach based on the supposed cost of withdrawal or of non-entry into the marketplace. Foregone market earnings form the basis of the valuation.[27] There are disadvantages and inaccuracies in this approach. Indeed, this approach may lead to overcompensation since individual preferences and subjective valuations are not taken into account.[28] On the other hand, the opportunity cost valuation may undercompensate as it fails to include other sociological and economic variables that enter into the decision not to enter or to withdraw from active employment in the marketplace.[29]

The third approach after replacement value and opportunity cost is the market value method. It is calculated by comparing and measuring services with market wage rates for similar services based on input or output values. This method has been criticized for failing to consider whether an individual homemaker considers domestic tasks as work, hobby or leisure and consequently may result in overcompensation.[30] On the other hand, the market value approach incorporates societal devaluation of homemaking activities and pay discrepancies between domestic and other forms of employment leading to undercompensation and low pay for domestic work across the board.[31]

All three approaches then are deficient. While providing some mathematical certainty they tend to incorporate existing biases and thus perpetuate social and economic inequality. Are there other alternatives?

It would be possible to mix the approaches depending on whether the woman was a full-time or part-time homemaker.[32] For example, the market value based on a catalogue of services method could apply to the homemaker who worked in the home during the whole span of the marriage, but for a woman who leaves outside employment for homemaking, returning only after the breakdown of the marriage, or at a later date during the marriage, the opportunity cost approach would be more suitable.

Irrespective of the pattern chosen, it is essential that a method be

26 *Ibid* at 214-15 and see Cooper-Stephenson and Saunders, *Personal Injury Damages in Canada* (1981) at 435. It should also be noted that in the general population, the norm is that more time is devoted to household activities by women than men and this even when both are employed outside of the home. See Bruce, *Assessment of Personal Injury Damages* (1985), "Household Services" at 255-68, and specifically at 266. While these two authors evaluate homemaking services following personal injury or fatal accidents, the same principles apply

27 *Ibid* at 256

28 *Ibid* at 258

29 Vandelac, *supra* note 20 at 224-26

30 Bruce, *supra* note 26 at 258-59

31 Vandelac, *supra* note 20 at 224-26

32 Bruce, *supra* note 26 at 258-59

developed which includes opportunity cost in a way that reflects loss of earning capacity for the *individual* plaintiff based on her education, age and skills as well as regional unemployment rates. The loss of earning capacity would be calculated upon replacement value but based on male salary equivalents for those functions.[33] Direct and indirect contributions to the career of the other spouse, the number and age of children and loss of social benefits, pensions, sick leave and insurance schemes commensurate with years of service should also be taken into account. Such refinements to the current methods of assessment may at least effect a monetary change in the evaluation of the homemaking role by the courts.

4. CONCLUSION

It is ironic that family and homemaking, once considered the sanctuary of non-materialistic values may have to incorporate market ideology in order to gain respect and recognition for its unique function.[34] When discrimination and poverty are the price to be paid for homemaking, it is not surprising that women opt out of childbearing and childraising roles to seek economic security in the paid labour force.

In order to correct judicial bias inherent in the current depreciation of homemaking services and the economic welfare of homemakers (particularly where the spouses are married under the regime of separation of property), claims should be based on precise economic data and methodology. This would begin to rid the law of inequities and of the under-valuation of homemaking tasks caused by bias. At the same time, the real interests and purposes underlying such biases should be addressed on other fronts in an effort to restructure more fairly the roles of the sexes, their social functions and their economic valuation.

33 Cooper-Stephenson and Saunders, *supra* note 26 at 214

LES FEMMES ET LE TRAVAIL
5. ARRÊTS

Les affaires suivantes fournissent quelques exemples de décisions qui peuvent utilement s'appliquer aux actions visant la garde des enfants et l'obligation alimentaire et aux questions soulevées dans L'EXEMPLE # 2.

1. Importance des services de soins primaires . Garde des enfants

Burgmaier v. Burgmaier (1986), 50 R.F.L. (2d) 1 (C.A. Sask.)

En dépit d'une ordonnance de garde rendue en faveur du père au procès, la Cour d'appel a apprécié le rôle de chaque parent dans l'éducation des enfants, elle a souligné que le père n'avait pas [TRADUCTION] "une participation directe aux soins dispensés aux enfants sur une base quotidienne et en réponse aux besoins personnels et affectifs immédiats des enfants", et elle a accordé la garde à la mère.

2. Soins primaires . Foyer conjugual . Garde

Catellier v. Catellier (1988), 51 Man. R. (2d) 22 (Banc de la Reine)

Demande provisoire. Le mari avait possession du foyer conjugal et prétendait que le statu quo devait s'appliquer. L'épouse avait toujours assuré les soins primaires des enfants. On s'attache principalement aux gens et non aux endroits. La Cour n'a pu décider lequel des deux était le meilleur parent, mais elle a pu établir une entente visant les soins aux enfants pendant la période de cohabitation.

3. Soins primaires . Garderie . Mère de remplacement auprès de l'époux remarié . Garde

Klachefsky v. Brown (1988), 51 Man. R. (2d) 33 (C.A.)

La garde des enfants, accordée en première instance au père, qui s'était remarié, avait été donnée à la mère en appel. Les garderies sont une réalité de tous les jours. Que celui qui remplace le premier responsable des soins primaires soit payé ou non ne saurait être décisif quant au meilleur intérêt des enfants.

4. Perte de possibilités de travail pour le parent au foyer . Inégalité des revenus . Pension alimentaire

Kuhr v. Kuhr (1984), 41 R.F.L. (2d) 262 (C.B.R. du Man.)

L'épouse a quitté l'enseignement pour se consacrer à plein temps aux soins de sa famille et elle a pris un travail à temps partiel il y a neuf ans.

Incapacité pour elle de trouver un emploi à plein temps. Ordonnance de pension alimentaire sans limite de temps en raison du rapport évident entre le mariage de l'épouse et son incapacité d'être financièrement indépendante. Les tâches ménagères qu'elle a assumées ont nuit à son ancienneté au travail et à ses chances de carrière. Inégalité considérable entre les deux parties relativement à leur revenu et leur sécurité d'emploi.

5. Pension alimentaire . Niveau de vie des enfants . Conséquences pour le niveau de vie de l'épouse

Jull v. Jull (1984), 42 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Alberta)

Les enfants ont droit à un niveau de vie croissant en proportion des revenus de leurs parents. Cela ne peut se limiter aux enfants de façon à augmenter leur niveau de vie tout en mettant de côté leur mère, dispensatrice des soins primaires.

6. Pension alimentaire . Témoignages d'experts sur les femmes et les possibilités d'emploi

Jarvis v. Jarvis, inédit, 13 au 16 juin 1983, (C.S.O.)

Monica Townson a témoigné sur la situation économique à laquelle font face les femmes qui font leur entrée dans le monde du travail à 45 ans avec douze années de scolarité et aucune expérience au travail au cours des vingt-cinq dernières années.

7. Niveau de vie au divorce . Pension alimentaire

Boisonault v Boisonault, inédit, Banc de la Reine du Manitoba, 18 avril 1988, à la page 7.

L'objectif dont avaient convenu les parties et que le tribunal a fait sien tenait à ce que l'épouse s'efforce de gagner suffisamment pour conserver le niveau de vie qui était le sien au moment de son divorce.

8. Délai . Recyclage . Pension alimentaire

Messier v. Delage (1983), 35 R.F.L. (2d) 337 (C.S.C.; Québec)

Annulation de la pension limitée dans le temps. L'épouse s'était recyclée, mais ne pouvait pas trouver d'emploi dans son domaine. Possibilité de demander plus tard une modification.

D. AGRESSION SEXUELLE
PROCÈS ET DÉTERMINATION

Page

EXEMPLE Nº 3

Les faits 62

Sujets de discussion 62

Partie A : Questions de crédibilité au procès.

Partie B : Questions relatives à la détermination de la peine.

DOCUMENTATION

1. Documents de référence. 65
2. Contexte socio-historique. 71
3. Syndrome consécutif au traumatisme provoqué par le viol en tant que névrose post-traumatique. 74
4. Avez-vous couru après? 77
5. L'expérience d'une femme. 79
6. Jurisprudence 82

AGRESSION SEXUELLE
PROCÈS ET DÉTERMINATION DE LA PEINE

EXEMPLE # 3

LES FAITS

La victime dans cette affaire a été violée dans le salon de l'appartement où elle vit seule. Des détails supplémentaires seront fournis par la vidéo, et aussi plus tard à la PARTIE B de la discussion.

VOIR LE SKETCH
VIDÉO
DE L'EXEMPLE # 3

SUJETS DE DISCUSSION
EXEMPLE # 3

PARTIE A :
Questions de crédibilité au procès

1. Selon ce que l'on vous a dit et sans tirer de conclusion en matière de crédibilité, quelles sont vos réactions aux caractéristiques suivantes de la déposition de la victime? Ont-elle tendance à vous rendre plus ou moins sceptique ou constituent-elles des facteurs neutres?

    a) le retard à dénoncer l'infraction

    b) le fait que la victime n'a pas crié, ne s'est pas sauvée ni ne s'est débattue avant le viol

    c) le fait qu'elle n'a pas crié, ne s'est pas sauvée ni ne s'est débattue après le viol

    d) l'absence de blessures nécessitant des soins médicaux

    e) le fait que la victime a aidé l'accusé à prendre ses vêtements, qu'elle l'a accompagné à sa porte et l'a embrassé en lui disant au revoir

    f) l'absence d'émotion de la victime et son rire déplacé au cours de

sa déposition

g) son apparence

2. Les hommes se débatteraient-ils, crieraient-ils ou se sauveraient-ils s'ils étaient agressés de la sorte? Les réactions des hommes servent-elles jamais à apprécier les actes des femmes victimes d'agression sexuelle? Quelles sont les réactions des femmes aux agressions sexuelles? Sont-elles les mêmes que celles des hommes?

PARTIE B
Questions relatives à la détermination de la peine

Aux fins de la prochaine discussion, tenez pour acquis que l'agression sexuelle décrite dans le sketch a été commise séparément par trois hommes différents ayant des antécédents identiques (c'est-à-dire qui sont tous des contrevenants primaires, ont la même éducation familiale, la même scolarité, le même genre d'emploi, et possèdent les mêmes soutiens et traits personnels, etc.) dans trois circonstances différentes :

- un étranger qui s'est introduit dans l'appartement de la victime
- une connaissance qui a été invitée après un rendez-vous
- le mari de la victime dont elle était séparée et qu'elle avait invité à entrer chez elle pour causer

Dans chaque cas, l'accusé a été reconnu coupable.

3. Ces infractions ont-elles la même gravité ou certaines sont-elles plus sérieuses que d'autres? Quel est l'impact de l'agression sur la victime lorsqu'elle connait son agresseur? L'infraction est-elle généralement plus ou moins grave qu'une agression sexuelle identique commise par un étranger? Les peines devraient-elles être différentes?

4. Les agressions sexuelles commises par des connaissances ou par l'époux de la victime méritent-elles des peines plus sévères parce qu'il y a eu "abus de confiance"? Dans les cas de vol et de fraude accompagnés "d'abus de confiance", le blâme est-il attribué à la victime pour avoir manqué de jugement en faisant confiance aux contrevenants? Les victimes des agressions sexuelles sont-elles traitées de la même façon?

5. Ces trois infractions sont-elles des crimes de violence? Tous les viols sont-ils violents? La définition de la violence dépend-elle de la force de la personne qui donne cette définition?

6. Toutes les agressions sexuelles ont-elles un élément de contrainte? Si la victime est forte, la contrainte pourrait exiger plus de force. Lorsque la victime est vulnérable, handicapée, un enfant, ou quelqu'un qui connaît

l'auteur de l'agression et lui fait confiance, la seule menace de recourir à la force peut suffire à donner à l'infraction un élément de contrainte. La question porte-t-elle sur le degré de force déployé ou sur la domination exercée? Dans le premier cas, cela signifie-t-il que si l'accusé s'en prend à une victime plus faible physiquement, la peine et par conséquent son effet dissuasif seront moindres? Si tel est le cas, qu'est-ce que cela implique pour la protection que la loi offrira à différents genres de victimes (c'est-à-dire aux hommes, aux femmes, aux gens handicapés, aux enfants)?

AGRESSION SEXUELLE
1. FICHE DOCUMENTAIRE*

Incidence

- Statistique Canada rapporte qu'en 1985, une agression sexuelle était rapportée au Canada toutes les 25 minutes.[1]

- 90 % des agressions sexuelles sont dirigées contre des femmes.[2]

- 1 Canadienne sur 4 sera agressée sexuellement au cours de sa vie.[3]

- Environ 60 % des viols se produisent dans des maisons particulières.[4]

- Une étude réalisée à Winnipeg a révélé que 63 % des femmes sont violées par des hommes qu'elles connaissent,[1] alors qu'une étude réalisée dans tout le Canada a conclu que 41 % des victimes d'agressions sexuelles connaissent leur assaillant.[2] L'étude de Diana Russell a conclu que la victime connaissait son agresseur dans 83 % du nombre total de viols, y compris les viols non rapportés.[3]

- Les agresseurs sexuels et leurs victimes sont de tous âges et de tous niveaux culturels, raciaux, religieux et socio-économiques.[12]

- 14 % des femmes mariées vivant avec leur époux ont rapporté être violées par leur époux et 26 % avaient été forcées par leur mari de subir une forme quelconque d'activité sexuelle.[22]

Faible dénonciation

- Une étude réalisée à Winnipeg a conclu que 90.7 % des victimes de viols et d'agressions sexuelles ne dénoncent pas ces crimes à la police.[3]

- Une étude réalisée dans tout le Canada a conclu que 73 % des victimes d'agressions sexuelles ne dénoncent pas ces crimes à la police.[3]

- Une étude révèle que seulement

  - 30 % des viols ou des tentatives de viol par des étrangers
  - 12 % des viols par des personnes en autorité
  - 10 % des viols par l'ami de la victime
  - 7 % des viols par des parents ou des amis de la famille
  - 6 % des viols par l'amant ou l'ex-amant
  - 2 % des viols par des copains de la victime
  - 1 % des viols par la personne avec qui est sortie la victime

---

* Préparée par Donna Hackett, B.A., LL.B., avril 1990.

sont rapportés à la police.[22]

- 55 % des viols rapportés à la police mettent en cause des étrangers, mais seulement 17 % du nombre total de viols (y compris les viols non rapportés) sont dénoncés à la police.[23]

Attitudes et crédibilité

. Parmi les victimes d'agressions sexuelles qui ne dénoncent pas celles-ci à la police, 44 % déclarent que leur silence est dû à leur crainte de l'attitude de la police ou des tribunaux à l'égard de ce crime. Un tiers de ces femmes n'ont pas prévenu la police par crainte de vengeance.[2].

La décision de la victime de ne pas porter plainte provient souvent directement du fait qu'elle sait ce qui pourrait lui arriver devant le tribunal et qu'elle est consciente de l'attitude de la société à l'égard du viol, attitude que reflètent les tribunaux.[12]

. Des recherches sur l'attitude du public à l'égard de l'agression sexuelle ont montré que 92 % des personnes interrogées se sont montrées d'avis qu'il y avait viol lorsqu'une femme est attaquée dans un stationnement par un homme qui la bat et a avec elle des relations sexuelles. Par contre, seulement 18.8 % des personnes sondées croyaient qu'il y avait viol lorsqu'une femme qui fréquente un homme l'embrasse ou l'étreint dans l'appartement de ce dernier, puis se trouve forcée d'avoir des relations sexuelles avec lui lorsqu'elle lui demande d'arrêter.[8]

. Dans les études portant sur des cas de viol par des connaissances qui répondaient tous à la définition légale du viol, ce n'est que lorsque la violence a atteint le point où la victime a été coupée avec un couteau que tous les participants ont reconnu qu'il y avait eu viol.[25]

. Une expérience portant sur des jurys canadiens a révélé que lorsque des jurés choisis au hasard étaient saisis de deux versions différentes d'un fait, l'une qualifiée de vol et l'autre d'agression sexuelle mettant en cause le même témoin, le vol donnait lieu à des condamnations de la part de 9 jurys sur 10 alors que l'agression sexuelle donnait lieu à des condamnations de la part seulement de 5 jurys sur 10.[24].

Dans l'étude portant sur les jurys, le comportement du témoin n'a pas eu d'influence sur le vote des jurées de sexe féminin, alors que ce fut le contraire pour les jurés masculins.[24]

. Statistique Canada a rapporté qu'en 1985, la police dans toutes les provinces considérait mal fondées 14,2 des plaintes relatives aux agressions sexuelles. Seulement 6 % de toutes les autres infractions au Code criminel rapportées

étaient considérées mal fondées. Ceci peut se comparer aux chiffres recueillis aux États-Unis, où la police estimait que 15 % des plaintes relatives au viol étaient mal fondées. Après la formation à New York d'une équipe spéciale d'enquête sur le viol formée de policiers de sexe féminin, les officiers ont constaté que le taux des plaintes non fondées tombait à 2 %.[4]

Impact

- Seulement le tiers des victimes féminines d'agressions sexuelles se défendent. Un autre tiers appelle au secours ou se sauvent, et le dernier tiers essaie de raisonner le contrevenant.[2]

- Seulement 50 % des victimes de viol réagissent en sanglotant, en pleurant ou en agissant de façon hystérique. L'autre 50 % reste calme, se maîtrise et cache ses sentiments.[15]

- 1 victime de viol sur 5 tente de se suicider alors que ce taux est de 1 sur 50 chez celles qui ne sont pas victimes de viol.[5]

- 1 victime de viol sur 6 souffre de dépression nerveuse alors que ce taux est de 1 sur 33 chez celles qui ne sont pas victimes de viol.[9]

- Le traumatisme émotif consécutif à l'agression sexuelle n'est pas toujours immédiat et provoque souvent une crainte durable, de la dépression et un dysfonctionnement sexuel.[10]

- L'abus de confiance et la crainte durable que l'acte ne se répète peuvent rendre le viol par un époux encore plus traumatisant que celui qui est le fait d'un étranger.[11]

- Les femmes sont davantage traumatisées lorsqu'elles sont agressées sexuellement par une vague connaissance. Plus l'agression ressemble à un comportement non agressif, plus la sexualité et les relations affectives futures de la victime peuvent être perturbées.[18]

- L'étude réalisée à Winnipeg a révélé que 87 % des victimes de viol ne recherchaient aucune assistance professionnelle après leur agression et que 12 % des victimes n'en parlaient à personne.[3]

- Comparativement aux autres victimes des deux sexes, les femmes victimes d'agressions sexuelles éprouvent le plus de crainte à marcher seules dans leur quartier après la tombée de la nuit.[2]

- Une étude faite dans tout le Canada a révélé qu'un plus grand nombre de femmes que d'hommes craignent de marcher seules la nuit dans leur quartier, et que les femmes participent moins fréquemment que les hommes à des activités ayant lieu le soir à l'extérieur de leur foyer. La qualité de

la vie des femmes s'en trouve diminuée.[2]

. 50 % des Canadiennes disent avoir peur de se rendre le soir dans des endroits situés à moins d'un mille de leur domicile, alors que seulement 16 % des hommes éprouvent cette crainte.[26]

. Le viol blesse l'esprit, le corps et l'âme de la victime, il constitue l'outrage le plus absolu et il se classe juste derrière l'homicide au sommet des actes de violence.[23]

Facteurs contribuants

. La fréquentation du monde prédispose les femmes aux agressions sexuelles. 20 % des femmes faisant l'objet d'une étude avaient été forcées d'avoir des rapports sexuels et 50 % des hommes ont dit avoir clairement recherché des rapports sexuels avec une femme contre le gré de cette dernière.[12]

. 16 % de 278 étudiantes universitaires au Manitoba ont rapporté avoir été victimes de viol ou de tentative de viol et 23 % ont dit avoir été victimes d'autres formes de contrainte sexuelle.[19]

. Dans le cadre d'une autre étude, 60 % des hommes ont dit qu'ils recourraient à la force pour agresser sexuellement une femme s'ils pouvaient s'en tirer indemnes.[12]

. La nature prédatrice de ces crimes est illustrée par une étude des femmes handicapées, qui a révélé que 47 % d'entre elles avaient subi des mauvais traitements d'ordre sexuel quand elles étaient enfants et que 25 % avaient été agressées sexuellement à l'âge adulte. La plupart de ces femmes avaient reçu ces mauvais traitements de la part de ceux qui en prenaient soin et elles ont déclaré que la crainte de leur résister et de les dénoncer provenait de leur dépendance de ces gens et de leur crainte d'être (de nouveau) placées dans des établissements spécialisés.[20]

. Les hommes qui s'intéressent à la pornographie sont davantage enclins à croire au rôle sexuellement agressif des hommes et à se montrer indifférents à l'impact des agressions sexuelles sur les femmes, si on les compare à un groupe-témoin d'hommes qui ne s'intéressent pas à la pornographie.[21]

. Une étude portant sur des gens reconnus coupables de viol et d'avoir molesté des enfants a montré que 64 % des pédophiles homosexuels, 86 % de ceux qui commettent le viol et 39 % des pédophiles hétérosexuels sont des adeptes de la pornographie.[23]

. 55 % des pédophiles homosexuels utilisaient la pornographie pour s'inciter à commettre leurs actes criminels et 27 % des pédophiles hétérosexuels y recouraient immédiatement avant l'infraction.[21]

DOCUMENTATION

1. Statistique Canada, 1985.

2. Procureur général du Canada, "Les femmes victimes, d'actes criminels", bulletin 4, *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain*, 1985, p. 3 et 4.

3. Julie Brickman et John Briere, "Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population", *International Journal of Women's Studies* (1980) Vol. 7, No. 3, p. 197 et 198.

4. Susan Brownmiller, citée dans l'ouvrage de Dianne Kinnon *Rapport sur l'agression sexuelle au Canada* (Ottawa : Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1981), p, 3 et 14.

5. Diana Russell, *Sexual Exploitation: Rape, Child Abuse and Workplace Harassmen* (Beverly Hills: Sage, 1984), p. 35.

6. Lorenne Clark et Debra Lewis, Rape, *The Price of Coercive Sexuality* (Toronto: Women's Press, 1977); Diana Russell.

7. Toronto Rape Crisis Centre, "Rape", in *No Safe Place: Violence Against Women and Children* (Toronto: Women's Press, 1985), p. 62.

8. Klemmack et Klemmack, cités dans l'ouvrage de Christine Boyle, "Pre-Trial Decisions," *Sexual Assault* (Toronto: Carswell, 1984), p. 129.

9. Elizabeth Stark, "The Psychological Aftermath", *Psychology Today*, fév. 1985, p. 48.

10. *Canadian Family Physician*, avril 1985, Vol. 31.

11. David Finkelhor et Kersti Yllo, *License to Rape: Sexual Abuse of Wives* (New York: Holt, Reinhart et Winston, 1985), p. 183; Diana Russell, citée dans l'ouvrage de Mélanie Randall, p. 28.

12. Melanie Randall, "Violence Against Girls and Women" – Child Sexual Abuse, Rape, and Wife Assault – Exploring the Links, rédigé pour le Ontario Women's Directorate, mars 1987, p. 25, 26, 29, 32, 33, 35 et 37.

13. Barbara Dominic et James Check "The Impact of Highly Aggressive Cues on Perceptions of Stranger and Acquaintance Rape Scenarios" 27 Can. Psychology, No. 2, 1986.

14. Nicholas Spanos, psychologue, Université Carlton, publié dans "Jury Experiments...", *Law Times*, 19 mars 1990.

15. Rebecka Moscarello "Rape as Post-Traumatic Stress Disorder" Women's College Hospital, Toronto, septembre 1986.

16. Sondage Gallup, publié dans le Toronto Star, 20 avril 1990.

17. Morton Bard, psychologue cité dans l'ouvrage de Patricia Marshall, "Sexual Assault, The Charter, and Sentencing Reform" 63 C.R. (3d) 216, p. 221.

18. Christine Boyle, *Sexual Assault* (Toronto : Carswell, 1984) p. 180.

19. James Check, "Curriculum Development Research Needs Assessment" O Attitudes and Behaviour Regarding Pornography and Sexual Coercion in Metropolitan Toronto High School Students", 24 février 1986, p. 9.

20. Joanne Doucette, "Violent Acts Against Disabled Women", Ontario Networking Conference Report, 9 au 12 novembre 1986.

21. W. L Marshall, "The Use of Pornography by Rapists and Child Molesters, "Université Queen's pour le ministère de la Justice, p. 10 et 11.

22. Diana Russell, 1982, p. 2, 74 dans l'ouvrage de Melanie Randall, p. 25 et 29.

23. Patricia Marshall, "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform", 63 C.R. (3d) 216, p. 218 et 221.

24. Nicholas Spanos, département de la psychologie, Université Carleton, Law Times, 19-25 mars 1990.

25. Sondage Gallup, Toronto Star, avril 1990.

AGRESSION SEXUELLE
2. CONTEXTE SOCIO-HISTORIQUE

Wigmore dans son livre célèbre sur la preuve dit ce qui suit :

> [TRADUCTION] "Les psychiatres contemporains ont largement étudié le comportement des jeunes filles et des femmes dévoyées traduites devant les tribunaux dans toutes sortes d'affaires. Leurs complexes psychiques sont multiples, déformés en partie par des vices inhérents, en partie par des troubles pathologiques ou des instincts anormaux, en partie par un mauvais milieu social, et en fin, en partie par des états psychologiques ou émotifs temporaires. Une des manifestations de ces complexes consiste à porter de fausses accusations d'agressions sexuelles par des hommes ..."[1]

Il a aussi ajouté :

> [TRADUCTION] "[les infractions sexuelles ne devraient pas] être soumises à un jury sans que les antécédents sociaux et le caractère de la plaignante ne soient examinés et attestés par un médecin compétent."[2]

Cette évolution du droit se rattachait aux attitudes de l'époque qui rejetaient une partie des premiers travaux de Freud. Celui-ci avait conclu que ses patientes qui affirmaient avoir été victimes d'inceste l'avaient réellement été. Cependant, à la suite du rejet de ses travaux, on a dit que Freud s'était ravisé pour transformer sa croyance dans ces prétentions en une théorie des fantasmes nés dans l'esprit de ses patientes. Les théories et les attitudes de Wigmore, de Freud et d'autres personnes de cette époque, qui se sont révélées depuis totalement injustifiées,[3] ont malheureusement laissé leur empreinte sur nos institutions sociales et juridiques et elles ont contribué à conditionner les hommes et les femmes à se méfier des accusations d'agressions sexuelles, méfiance qui se perpétue même aujourd'hui.

Ainsi par exemple, la théorie de la plainte immédiate prévoyait que la déposition d'une femme qui se plaint d'avoir été violée était recevable en preuve pourvu que la plainte soit portée à la première occasion raisonnable

---

1 J. Wigmore, Evidence in Trials at Common Law, éd. rév. (1970), par. 924a) à la p. 736.

2 Ibid à la p. 737.

3 F. Rush, "A Freudian Coverup", The Best Kept Secret: Sexual Abuse of Children, 1980.

après l'infraction. Dans le cas d'autres infractions, cette déposition ne serait pas recevable parce qu'elle serait "superflue"[4] selon les termes de Christine Boyle. Boyle décrit comme suit la théorie de la plainte immédiate, élaborée en accord avec les convictions freudiennes de Wigmore :

> [TRADUCTION] "Aux yeux des juges tenus d'élaborer le droit de la preuve relativement aux plaintes de viol, il existait d'excellentes raisons de douter de la parole du témoin, de sorte que la preuve relative à la plainte immédiate était nécessaire pour repousser la forte présomption de fabrication."[5]

Il ressort clairement des statistiques sur le faible taux des dénonciations qu'au lieu de porter plainte tôt, les femmes sont davantage susceptibles de ne déposer aucune plainte. Leur défaut de porter plainte démontre le traumatisme qu'elles ont subi et leur crainte d'être traumatisées davantage par le doute généralement manifesté.[6] Conséquemment, l'hypothèse que les femmes se plaindraient immédiatement si elles disaient la vérité a nui à la capacité de la victime d'avoir accès au système judiciaire.

On trouve d'autres exemples de cette tendance à ne pas croire les victimes des agressions sexuelles dans la vieille règle de la corroboration qui se fondait sur la notion que les victimes d'agressions sexuelles (principalement des femmes) étaient essentiellement moins fiables, d'où la nécessité d'autres preuves à l'appui si l'on voulait obtenir une condamnation. Cette règle a été abolie en 1975. Toutefois, la présomption s'est perpétuée dans les exposés discrétionnaires souvent faits aux jurés. Il se trouve donc que le témoignage d'une femme qui pourrait à lui seul entraîner une déclaration de culpabilité dans une affaire de vol, d'introduction par effraction ou de meurtre, donnait lieu dans une affaire de viol à la mise en garde du jury qu'il serait dangereux de sa part de reconnaître l'accusé coupable sur la simple foi du témoignage de la plaignante.

En 1983, la doctrine de la plainte immédiate et l'exposé au jury visant la corroboration ont disparu de notre droit criminel, et c'est devenu un acte criminel pour un homme d'agresser sexuellement son épouse ou de la violer. Les débats parlementaires de l'époque indiquent que ces modifications ont été apportées afin d'accorder aux femmes une plus grande égalité devant la loi.

---

4 Boyle, Sexual Assault, (Toronto : Carswell, 1984), p. 14.

5 Ibid, p. 14.

6 Voir la Fiche documentaire précédente sur les agressions sexuelles.

En même temps, le Parlement a aussi édicté une loi pour contrôler l'historique contre-interrogatoire fouillé sur le comportement sexuel antérieur des victimes d'agressions sexuelles. Les contre-interrogatoires des victimes de vol ou d'introduction par effraction sur des vols ou introductions par effraction antérieurs non reliés à l'incident dont est saisi le tribunal soulèveraient rapidement des objections et susciteraient l'ordre d'en revenir à des questions pertinentes. La modification apportée visait principalement à étendre cette approche aux victimes d'agressions sexuelles, sauf dans des circonstances exceptionnelles énumérées au Code criminel.

Malgré ces récentes modifications législatives, on constate que les attitudes à la base des anciennes règles persistent. Par exemple, dans un cas particulier, une plainte tardive a servi à adoucir une peine, alors que ce retard aurait pu être considéré comme la preuve de l'étendue du traumatisme subi et par conséquent comme un motif d'augmenter la peine.[7]

---

7 R. v. R.J.P. Can Sent. Dig. 92-10 (C.A.T.Y.)

AGRESSION SEXUELLE
3. LE SYNDROME CONSÉCUTIF AU TRAUMATISME PROVOQUÉ PAR LE VIOL EN TANT QUE NÉVROSE POST-TRAUMATISME

PHASE AIGUE - DÉSORGANISATION

. confusion et désorganisation du mode de vie
. immédiatement après le viol, allant de plusieurs jours à plusieurs semaines

1. Réaction au choc - pendant et immédiatement après le viol
   . choc
   . incrédulité
   . refus de croire
   . peur d'être tuée
   . impuissance
   . manque de ressources
   . perte de contrôle

   Manifestations cliniques - immédiatement après et jusqu'à quelques heures après le viol
   . 50 % extériorisation : peur, colère, anxiété, terreur, sanglots, pleurs, hystérie
   . 50 % intériorisaton : calme, maîtrise de soi, retenue qui cache les sentiments véritables

2. Réactions somatiques - immédiatement après le viol jusqu'à une période de plusieurs semaines
   . en raison du traumatisme physique immédiat
   . en raison du stress aigu (qui submerge le système nerveux automatique)

   Traumatisme physique
   . douleurs spécifiques à l'agression (région génitale, seins, jambes, cuisses, etc.)

   Tension du muscle squelettique
   . douleurs générales, malaises
   . maux de tête

   Irritabilité gastrointestinale
   . nausées à la pensée du viol
     - -pilule qui suit l'acte
       -fellation
   . douleurs abdominales
   . diminution de l'appétit

Troubles génito-urinaires
. douleurs vaginales, brûlures, sécrétions
. les douleurs vaginales chroniques peuvent constituer une complication

3. Réactions émotionnelles - consécutives au viol, couvrant une période de plusieurs jours à plusieurs semaines ou plusieurs mois après le viol

Choc et incrédulité
Refus de croire
Peur et terreur
Manque de ressources et impuissance
Honte
Culpabilité
Blâme de soi-même
Colère et vengeance/crainte du retour de l'agresseur

4. Réactions aux niveaux du comportement et de la pensée
Crainte d'être seule
Tressaillements/Vigilance extrême
Pensées importunes
Retours en arrière
Sensation de détachement
Difficultés de concentration
Troubles du sommeil
. difficulté à s'endormir
. difficultés à rester endormie
Troubles de l'appétit

PROCESSUS À LONG TERME : RÉORGANISATION
. rétablissement de l'ordre dans le mode de vie
. rétablissement du respect de soi, du sentiment de valeur personnelle et de la maîtrise des événements
. durée qui peut aller de plusieurs semaines à deux ou trois ans ou même s'étendre au reste de l'existence

1. Phénomènes affectifs :
. dépression (qui peut devenir chronique)
. peur, colère, perte du respect de soi et du sentiment de sa valeur personnelle
. anxiété
. sensation d'insensibilité
. sensation de détachement envers les membres de la famile et les amis

2. Changements du mode de vie
.. 50 % des victimes déménagent
. changent de numéro de téléphone

. reprennent contact avec leur famille

3. Troubles du sommeil
   . difficulté à s'endormir
   . cauchemars
   . réveil au moment de l'agression, particulièrement si elle a eu lieu dans le lit de la victime

4. Craintes et phobies
   . d'être seule
   . de retourner sur les lieux de l'agression
   . du retour de l'agresseur
   . vigilance extrême
   . tressaillements

5. Réactions cognitives
   . difficultés à se concentrer
   . difficulté à accomplir des activités et des travaux routiniers
   . retours en arrière et pensées importunes avec ou sans stimuli de déclenchement

6. Dysfonctionnement sexuel
   . difficulté possible du retour à la vie sexuelle (particulièrement pour les vierges)
   . répulsion, vaginodynie,

Réf: Rope Trauma Syndrome

Burgess and Homstrom, 1974

Dr. Rebeka Moscarello,
psychiatre
Women's College Hospital, Toronto.
Sexual Assault Care Centre
septembre 1986

Note de l'éditeur : Les femmes ne réagissent pas toutes au viol de la même façon. L'absence de l'une ou plusieurs des caractéristiques susmentionnées ne signifie pas qu'il n'y a pas eu viol.

AGRESSION SEXUELLE
4. AVEZ-VOUS COURU APRÈS?

Ce qui suit est un simulacre du contre-interrogatoire de la victime d'un vol. Comparez la pertinence de ces questions à celle des questions posées lors du contre-interrogatoire de la victime d'un viol. Y voyez-vous une différence? Dans l'affirmative, pour quelle raison?

"M. Smith, on vous a dévalisé au coin des rues First et Main?"
"Oui."

"Avez-vous lutté avec le voleur?"
"Non."

"Pourquoi pas?"
"Il a menacé de me tuer."

"Vous avez donc sciemment décidé de vous soumettre à ses ordres plutôt que de résister?"
"Oui."

"Avez-vous consenti à remettre votre argent?"
"Non."

"Avez-vous crié? Appelé?"
"Non. J'avais peur."

"Je vois. On vous a déjà dévalisé?"
"Non."

"Avez-vous déjà donné de l'argent?"
"Oui, bien sûr."

"Et vous l'avez fait de bon gré?"
"À quoi voulez-vous en venir?"

"Eh bien, disons les choses de la façon suivante, M. Smith. Vous avez donné de l'argent dans le passé. De fait, vous avez la réputation d'être philanthrope. Comment pouvons-nous être sûrs que vous ne manigancez pas pour que l'on s'empare de votre argent?"
"Pourquoi cela importe-t-il?"

"À quelle heure s'est produit le vol à main armée?"
"Vers 23 heures."

"Vous étiez dehors à 23 heures? Que faisiez-vous?"
"Je marchais tout simplement."

"Vous marchiez tout simplement? Vous savez qu'il est dangereux d'être sur la rue, seul, tard le soir. N'étiez-vous pas conscient de la possibilité d'être victime d'un vol à main armée?"
"Je n'y avais pas songé"

"Que portiez-vous?"
"Voyons voir. Un complet. Oui, un complet."

"Un complet qui semble cher?"
"Bien ... oui."

"En d'autres mots, M. Smith, vous marchiez dans les rues tard la nuit, seul, vêtu d'un complet qui annonçait pratiquement le fait que vous étiez une bonne proie pour un voleur. N'avez-vous pas couru après ce qui vous est arrivé?

AGRESSION SEXUELLE
5. L'EXPÉRIENCE D'UNE FEMME*

Le 6 juin 1988

Cher A.M.

À votre suggestion, je note mes sentiments par écrit. J'ai été surprise de constater combien c'est difficile, mais je sais que cela m'aidera à visualiser mes sentiments. Alors, allons-y.

Paul était un collègue, je me sentais attiré par lui et j'étais très seule. Il était d'étrange humeur un jour et j'avais le sentiment que quelque chose n'allait pas, mais je ne me suis pas fiée à cette impression et je suis sortie avec lui après le travail. Nous sommes allés prendre un verre, nous en avons trop pris et nous sommes ensuite allés chez moi. Là encore, je ne me suis pas fiée à mon impression, ce qui me cause un sentiment de culpabilité. Nous avons commencé à nous étreindre et pendant un très bref moment j'ai envisagé la possibilité d'avoir avec lui des relations sexuelles, mais quelque chose me disait que je devrais immédiatement faire sortir cet homme de chez moi. Il commençait à en venir à la manière forte et j'avais l'impression qu'il ne se maîtrisait plus...non pas sous l'empire de la passion, mais plutôt de la colère. Calmement et fort poliment, je lui ai demandé de partir, mais il ne semblait pas m'entendre. Je lui ai alors demandé de partir avec beaucoup moins d'égards, et c'est alors qu'il a vraiment perdu la tête. Je pouvais lire la rage dans ses yeux et il n'était plus l'homme que je connaissais et qui m'attirait.

Il m'a poussée sur le plancher et il m'a dit que si je ne lui obéissais pas, il allait me tuer, et je l'ai cru de tout mon coeur. Il m'a dit de retirer mes vêtements, et je l'ai fait. Il a senti chaque pièce que j'enlevais, puis il s'est déshabillé. Il a forcé son pénis dans ma bouche jusqu'à ce que j'aie des hauts le coeur, puis il a dit que ça n'irait pas. Il s'est couché sur moi et il a introduit son pénis dans mon vagin jusqu'à ce que je craigne qu'il me déchire en morceaux. C'était plus douloureux que tout ce que j'avais pu imaginer. Comme il n'arrivait pas à éjaculer, il a poussé son pénis dans mon anus, mais il ne pouvait pas pénétrer loin. Dieu merci, car je crois qu'il m'aurait déformée à vie. Il a alors de nouveau essayé mon vagin, et cela l'a finalement conduit à l'orgasme. Il est alors resté étendu sur moi à respirer profondément pendant ce qui m'a semblé des heures, jusqu'à ce qu'il se mette à pleurer. Dieu que je le détestais et souhaitais qu'il meurt. Une part de moi le prenait en pitié, et j'en éprouvais du ressentiment. Je l'ai supplié de partir, il s'est retiré de sur moi et il a commencé à s'habiller en disant combien cela avait été bon. Il semblait réellement croire que j'y avais trouvé du plaisir. Je lui ai crié de partir, la

---

* Cette lettre a été publiée par le Barrie & District Rape Crisis Centre avec la permission de la victime à condition que son anonymat soit respecté.

colère l'a repris et il a répété qu'il allait me tuer si je parlais de ce qui s'était passé à qui que ce soit. De toute façon, personne ne croirait une garce comme moi a-t-il dit. Il est finalement parti.

Je suis restée étendue sur le plancher à pleurer au moins une heure, puis j'ai bondi sous la douche pour me débarasser de son odeur écoeurante. J'ai frotté ma chair jusqu'à ce qu'elle soit à vif. Mon vagin était insensible et je saignais légèrement. Le téléphone a alors sonné. Je l'ai laissé sonner et sonner et sonner encore avant de répondre. C'était lui. Il m'a suppliée de ne rien dire à personne parce que cela gâcherait sa carrière, mais cette fois, je n'ai pas eu pitié de lui. Mais j'étais effrayée, et j'ai appelé la police. Deux énormes policiers sont arrivés peu après pour prendre ma déposition, qui tout le long a semblé les ennuyer. Je me suis ensuite rendue à l'hôpital. Le médecin et l'infirmière semblaient irrités d'avoir à me faire cet examen et ils étaient fâchés parce que j'avais pris une douche. Ils ont mis trois heures à m'examiner et l'examen vaginal a été très douloureux. Personne ne m'a demandé quels étaient mes sentiments et nul ne semblait s'en soucier. Le jour était déjà levé quand je suis rentrée chez moi, j'ai essayé de dormir mais en vain. J'ai appelé mon bureau et ne pouvais croire qu'il était au travail et n'avait pas encore été arrêté. J'ai parlé à mon patron, je lui ai raconté ce qui était arrivé et lui aussi semblait ennuyé. Sa réaction a été de muter le type. Comme si cela allait régler la situation. Il persistait à me poser des questions du genre pourquoi êtes-vous sortie avec lui et n'avez vous pas lutté plus fort. Je commençais à être submergée par la culpabilité.

Mes parents sont venus me voir plus tard ce jour-là et ils ont été très tendres, mais ils m'ont posé toutes les mêmes questions que les autres et leur solution était d'oublier et de reprendre ma vie. Les policiers sont venus de nouveau et ils m'ont questionnée pendant trois heures. Ils ne semblaient pas me croire. Ils avaient causé avec Paul, qui leur a raconté que nous avions eu une très agréable soirée puis que nous avions eu des relations sexuelles. Il a dit que j'avais été très ennuyée par sa suggestion d'utiliser un condom en raison de l'épidémie de sida. J'étais furieuse qu'il ait vraiment pensé à tout. C'est seulement parce que j'ai énergiquement insisté que les policiers ont porté des accusations.

Les procédures devant le tribunal nagent dans le brouillard car je n'avais aucune idée de ce qui se passait. Personne ne m'a renseignée, personne n'a demandé mon opinion, nul ne se souciait de moi. Paul a par la suite plaidé coupable à l'égard d'une infraction moindre sans que je ne l'aie su. Je n'ai fait aucune déclaration, en ma qualité de victime, sur les répercussions du crime et il a écopé de neuf mois. C'est à ce point que le ministère public m'a demandé quels étaient mes sentiments sur cette affaire, mais c'était trop tard.

Une autre victime dans la salle d'audience m'a donné votre numéro et je vous ai aussitôt appelé. J'ai vécu toute ma vie ici, à Barrie, et je n'arrivais pas à croire que j'ignorais l'existence d'un Centre pour victimes de viol. Si seulement j'avais été au courant plus tôt, j'aurais peut-être pu

m'épargner bien des angoisses et de la confusion. Voilà deux ans que j'ai été violée et Paul quittera la prison la semaine prochaine. J'ai surmonté plusieurs de mes craintes mais elles commencent à remonter à la surface en raison de l'imminence de la libération de Paul.

J'ai l'impression que cette mésaventure a gâché ma vie mais la société semble considérer qu'il s'agit là d'un embêtement et que de toute façon, c'était surtout de ma faute. Cela me blesse plus que je ne saurais l'exprimer. Mes amis ne veulent plus rien savoir et ma famille tient toujours à ce que j'oublie, mais je n'y arrive pas. Je n'ai eu aucune relation sexuelle depuis et je ne peux même pas imaginer y prendre plaisir de nouveau. Retrouverai-je un jour mon intégrité? Serai-je jamais capable d'assumer ma vie aussi bien que vous le faites? Dormirai-je de nouveau? Je vous en prie, aidez-moi à continuer de vivre. J'ai réellement besoin de quelqu'un qui comprend. Est-ce trop demander?

Sincèrement vôtre,

* * * * * * * * * * *

AGRESSION SEXUELLE
6. JURISPRUDENCE

Les affaires suivantes ne représentent que quelques exemples que l'on peut utilement appliquer aux agressions sexuelles et aux questions soulevées l'exemple # 3.

1. Bonnes moeurs . Abus de confiance . Détermination de la peine

R. v. Spiller (1969), 4 C.C.C 211 (C.A.C.-B.)

Fraude d'un demi-million de dollars. La défense fondée sur la bonne réputation a été rejetée parce qu'elle lui a permis de commettre l'acte criminel. L'ineptie de la banque n'est pas pertinente.

2. Gravité de l'infraction commise par un étranger ou par une connaissance Agressions sexuelles - Abus de confiance . Détermination de la peine

R. v. Gleason (1986), Can. Sent. Dig. au par. 92-1 (C. territ. du Yukon)

Le tribunal a rejeté la proposition voulant que l'agression sexuelle commise par un ami ou un époux soit moins sérieuse. La confiance a suscité l'occasion et constituait un facteur aggravant.

3. Présomption d'un tort durable . Viol

R. c. Sandercock (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (C.A. Alberta)

Dans les cas de viol, on présume depuis toujours l'existence d'un tort psychologique et émotionnel considérable en plus des blessures physiques. Lorsque cette présomption est mise en doute, le ministère public doit prouver ce tort. Celui-ci comprend la peur, le blâme de soi-même, la violation, l'outrage et un sentiment persistant d'impuissance qui anéantit le sentiment de sécurité de la personne.

4. Sécurité de la personne . Réhabilitation . Détermination de la peine

R. c. Baillie (1985) Can. Sent. Dig. 92-8, (C.A.O.)

Importance trop grande attachée à la réhabilitation. Les femmes doivent être libres de marcher dans la rue en toute sécurité.

5. Agressions sexuelles . Tendances en matière de détermination de la peine

R. v. Glassford (1988), 42 C.C.C. (3d) 259 (C.A.O.)

La tendance est à des peines plus longues en matière d'agression

sexuelle.

6. Blâme de la victime , Responsabilité du contrevenant , Détermination de la peine

R. v. Atlin (1986), 1 Y.R. 21 (C.A.Y.)

La consommation d'alcool de la plaignante a entraîné un risque dont le juge de première instance a dit qu'il mitigeait la peine. En appel, on a statué que le fait pour la plaignante de s'être exposée au risque n'était pas un facteur pertinent pour la détermination de la peine.

R. v. Sandercock (1985), 22 C.C.C. (3d) 79 (C.A. Alberta)

La négligence témoignée par la victime à l'égard de sa sécurité n'est généralement pas pertinente. Le caractère blamable de l'acte du contrevenant n'est nullement diminué du fait que la victime lui a fourni l'occasion de commettre le crime. Ce n'est sûrement pas de la provocation de la part d'une femme que d'être jolie ou bien vêtue. L'attraction sexuelle n'est pas la même chose que l'excitation sexuelle en vue de chercher la satisfaction des instincts sexuels par la violence.

E. CRÉDIBILITÉ DES FEMMES DEVANT LES TRIBUNAUX

Page

EXEMPLE # 4

Les faits 85

Sujets de discussion 86

DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE

1. Contexte des antécédents sociaux - Les femmes, les mots et les tribunaux 87
2. Deux perspectives judiciaires 92
3. Bibliographie 94

LA CRÉDIBILITÉ DES FEMMES DEVANT LES TRIBUNAUX

EXEMPLE # 4

LES FAITS

Vers la fin d'un procès civil important ayant duré deux semaines devant la Cour suprême, le juge qui présidait a invité les avocats à se rendre dans son cabinet pour discuter de certains problèmes d'horaire. L'avocat du demandeur est un avocat chevronné qui connaît le président du tribunal aussi bien de façon mondaine que professionnelle. L'avocate du défendeur est une jeune avocate junior. Les deux avocats ont une excellente réputation d'avocats plaidants. Ils ne se connaissent qu'au plan professionnel.

VOIR LE SKETCH
VIDÉO
DE L'EXEMPLE # 4

SUJETS DE DISCUSSION

EXEMPLE # 4

1. Quelle serait votre réaction si vous aviez à juger ce cas réel? Vous riiez avec vos amis? Vous ne feriez rien? Ou vous contesteriez la mesure prise?

2. Si la femme concernée avait réagi en criant ou en faisant d'énergiques remontrances à l'avocat, quelle impression vous feriez-vous d'elle? Si elle avait ri avec l'avocat de sexe masculin, quelle impression vous ferait-elle? Comment devrait-elle réagir? Devrait-elle montrer une certaine tolérance et un sens de l'humour? Devrait-elle en faire toute une affaire? A-t-elle le choix? Son attitude peut-elle influer sur sa crédibitlié ou la position de son client?

3. L'acte de l'avocat de sexe masculin a-t-il un effet sur sa crédibilité? Aurait-il été aussi susceptible d'agir de la sorte dans un milieu majoritairement féminin?

4. Quelles autres questions soulève-t-on dans le sketch?

5. En général, que devrait faire un juge lorsqu'il est témoin en cour de remarques ou d'actes sexistes plus subtils? Quelles en sont les conséquences pour les femmes en qualité de témoins, de plaideuses, de membres du personnel, d'avocates ou d'accusées? Ces incidents ont-ils des répercussions sur la perception que justice a été rendue?

6. Les tribunaux devraient-ils s'exprimer uniquement de façon neutre, dans des termes qui comprennent tout le monde et font abstraction de leur sexe? Quelle est votre réaction quand on dit "il" dans le sens générique du mot? Comment réagissez-vous à l'égard de la personne qui dit "il ou elle"? Le mode d'expression qui fait mention des deux sexes est-il simplement une distinction qui n'est pas une différence ou une façon de contribuer à la reconnaissance et au traitement égaux des femmes devant les tribunaux?

LA CRÉDIBILITÉ DES FEMMES DEVANT LES TRIBUNAUX
1. LE CONTEXTE SOCIO-HISTORIQUE
LES FEMMES, LES MOTS ET LES TRIBUNAUX

L'exemple suivant illustre comment les idées reçues sur les femmes peuvent influer sur les décisions des juges. Dans l'affaire In re French (1905), 37 N.B.R. 359, Mable French n'a pu être reçue au barreau du Nouveau-Brunswick parce qu'une femme n'était pas une "personne" au sens de la loi habilitante. En parvenant à cette conclusion, le juge Baker a dit ce qui suit aux pages 365 et 366 :

> [TRADUCTION] "...le droit civil, aussi bien que la nature elle-même, a toujours reconnu une grande différence entre les sphères d'activité et la destinée respectives de l'homme et de la femme. L'homme est, ou devrait être, le protecteur et le défenseur de la femme. La timidité naturelle et bienséante propre au sexe féminin le rend évidemment inapte à exercer bon nombre des fonctions de la vie civile. La constitution de la cellule familiale, fondée sur la volonté divine aussi bien que sur la nature des choses, indique que les tâches domestiques se rangent à bon droit dans le domaine et parmi les fonctions réservées à la gent féminine... La destinée et la mission suprêmes de la femme consistent à remplir les nobles et bienveillants offices d'épouse et de mère."

Un aussi simple mot que "personne", étant donné ces attitudes, a eu de profondes conséquences à l'égard des femmes et il a empêché Clara Brett Martin, Mabel French, Annie Langstaff et d'autres d'être admises au barreau et d'exercer leur profession au Canada, jusqu'à ce que des modifications législatives soient apportées.[1]

Le résultat a été le même dans l'affaire Edward, dans laquelle Nellie McLung et autres avaient demandé un renvoi visant à établir si le mot "personne" dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique comprenait les femmes de façon à les rendre admissibles aux fonctions de Sénatrice. La Cour suprême du Canada a statué que les femmes n'étaient pas des "personnes" et ce n'est qu'en 1929, à la suite de l'appel de cette affaire interjeté auprès du Conseil privé, que les femmes sont devenues des "personnes".

Considérez le contexte historique des mots suivants, leur sens, et leur

---

1 Mary Jane Mossman, "Portia's Progress" - Women as Lawyers, Reflections on the Past and Future", Law Society of Canada Continuing Education Program, 13 mai 1986.

incidence sur les femmes.

> "On justifie l'usage du pronom "il" pour désigner une personne dont le sexe n'est pas précisé en disant qu'il est employé de façon générique. Les grammairiens du dix-huitième siècle, qui ont prescrit l'emploi du pronom il pour désigner les membres des deux sexes, n'ont fait qu'emprunter cet usage à la pratique alors courante en common law à l'égard du statut de la femme mariée. Cette doctrine repose sur l'hypothèse que la femme est inférieure à l'homme, et qu'elle a donc besoin de la protection de celui-ci...Ainsi donc, dans le passé le pronom générique il était non seulement grammaticalement correct mais aussi précis selon le droit. Aux yeux de la loi, l'existence de la femme en tant qu'individu prenait fin à son mariage, et cette idée que les femmes sont des créatures faibles, impuissantes, infantiles et incomplètes sans un protecteur du sexe masculin continue de les hanter aujourd'hui."[2]
>
> L'emploi des termes il/l'homme rend les hommes visibles et les femmes invisibles sur le plan linguistique. Cet usage favorise l'imagerie masculine aux dépens de l'imagerie féminine dans la vie de tous les jours au point où il semble raisonnable de présumer que le monde est masculin ... Cela renforce la conviction du groupe dominant que ses membres, les mâles, forment la classe universelle, centrale et importante de sorte que même les êtres qui n'en font pas partie apprennent à respecter cette réalité. Nous sommes ainsi prédisposés à voir le monde que nous habitons comme étant encore plus masculin qu'il ne l'est, de sorte que nous pouvons, par exemple, projeter sur notre passé des images masculines et permettre aux femmes de passer inaperçues; nous pouvons élaborer nos théories sur le passé, y compris celles qui ont trait à l'évolution, en formulant des explications qui ne sont pertinentes qu'à l'expérience des hommes...Les mots il/l'homme tiennent aussi les femmes à l'écart, faisant d'elles des étrangères..."[3]

---

2 Merriellyn Kett, How to Avoid Sexism, p. 15.

3 D. Spender, Man Made Language (London, Boston et Henley : Routledge et Kegan Paul, 1980) à la p. 139.

Mrs., Miss ET Ms.

"bien que le titre de courtoisie anglais Mrs. existe depuis au moins 1582..., ce n'est que depuis relativement peu de temps qu'il sert à désigner l'état matrimonial de la femme. À l'origine, les titres anglais Mrs., Mis., et Miss. étaient des abréviations du terme "Mistress" et se prononçaient comme tel, et non "mis-sis" ou "mi-siz". Tous trois correspondaient au titre de courtoisie masculin "master", et ils étaient employés devant les noms des femmes jeunes ou vieilles, mariées ou célibataires qui ne possédaient pas un titre plus élevé. À cette époque plus lointaine, on aurait pu écrire "Mrs. Mary, âgée de sept ans" sans étonner qui que ce soit, car on entendait ainsi simplement indiquer que Mary appartenait à une honorable famille. Cependant, à un moment donné au dix-septième siècle, le mot "mistress" et ses abréviations, comme bien des termes appliqués aux femmes, ont acquis divers sens péjoratifs comme par exemple celui de "concubine" ou même celui de "prostituée". Toutefois, les lettres précédant les noms en guise de titre de courtoisie ont échappé à cette connotation, mais elles ont acquis une prononciation différente de celle de "mistress". À cette époque, le mot "mistress" s'est scindé en deux abréviations servant à indiquer l'âge : Mrs. pour désigner toutes adultes de sexe féminin, mariées ou non, et Miss. pour désigner toutes les enfants de sexe féminin. Ce n'est qu'au début du dix-neuvième siècle que les lettres Mrs. ont servi à indiquer l'état matrimonial et non plus l'âge. Vous vous souviendrez que Mrs. Bridges, la cuisinière de l'émission télévisée "Upstairs, Downstairs" n'a jamais été mariée. Mrs. était simplement un titre de respect attaché à son nom en raison de sa condition et de son âge...

La raison (de l'usage du titre Ms.) a été expliquée dans le premier numéro de la revue Ms. qui a paru au printemps de 1972 :

> "Les lettres Ms. sont adoptées en guise de titre courant par les femmes qui veulent être reconnues en qualité d'individus plutôt que d'être désignées en fonction de leurs liens avec un homme."[4]

Ces exemples et ces mots montrent que la langue n'est pas neutre et

---

4 Kett, op. cit. p. 81 et 84.

qu'elle évolue constamment au fur et à mesure que se modifie la société. Dans un article très intéressant, Karen Busby rattache la place prédominante des hommes au sein du système juridique au caractère masculin du langage juridique, et elle étudie les conséquences de cette situation sur les femmes et sur le droit.[5]

La langue peut inclure et exclure des personnes et établir sans raison des distinctions fondées sur le sexe, renforcer des rôles dépassés attribués aux personnes en fonction de leur sexe et souligner des caractéristiques personnelles non pertinentes. Vous trouverez à la page suivante une liste de termes communément utilisés devant les tribunaux et quelques solutions de rechange que nous vous proposons.

---

5 Karen Busby, "The Maleness of Legal Language", Manitoba Law Journal, p. 191.

TERMES UTILISÉS	SOLUTIONS DE RECHANGE
femme médecin, etc.	médecin
le greffier	la greffière
il (pronom générique)	il ou elle/elle ou il
jeune fille	Maître/madame le témoin
mademoiselle	Maître/madame le témoin
homme raisonnable	personne raisonnable
filles (pour les adultes de sexe féminin)	femme/femmes
femme(s) policier(s)	policière(s)
homme d'affaires	jens d'affaires commerçant(e)
secrétaire masculin	secrétaire
contremaître	superviseur(e)
hôtesse de l'air	agent de bord
mesdames et messieurs les jurés	membres du jury
désignation d'un témoin de sexe féminin par son prénom	désignation de toutes les personnes dans la salle d'audience de la même façon
les juges et leurs épouses sont invités	les juges et leurs conjoints sont invités

LA CRÉDIBILITÉ DES FEMMES DEVANT LES TRIBUNAUX
2. DEUX PERSPECTIVES JUDICIAIRES*

L'HON. MYRIAM ALTMAN, juge suppléant à la Cour suprême, New York County.

Avant d'être juge, j'ai été secrétaire juridique pendant nombre d'années. Il est souvent arrivé à des avocats de se servir à mon égard de termes d'affection qui étaient à la fois irrespectueux et condescendants. Même depuis que je suis juge, il arrive encore à des avocats - et mes collègues féminines m'assurent que c'est là un problème très fréquent - de m'appeler "chère" et "mon chou" ou "camarade", et d'employer d'autres expressions familières tout à fait déplacées, dont ils ne se serviraient jamais à l'égard d'un juge de sexe masculin.

J'en conclus de ces faits qu'il y a encore des hommes qui voient les femmes tout d'abord en tant que femmes, et ensuite seulement en leur qualité d'avocates ou de juges, mais lorsqu'ils ont affaire à un homme, ils le considèrent en fonction de son rôle professionnel.

Le genre de libertés de langage que plusieurs hommes se permettent à l'égard des femmes devant les tribunaux, et de fait même des libertés d'ordre physique, comme tapoter la tête des femmes et autres gestes condescendants, ne sont pas seulement agaçantes ou blessantes, bien que cela justifie certainement la volonté de les éliminer. Elles s'en prennent également à l'intégrité personnelle et profesionnelle de l'avocate, du témion ou de la plaideuse qui en fait les frais, et plus grave encore, à sa crédibilité.

Je crois qu'un juge a l'obligation positive de créer dans la salle d'audiences une atmosphère qui indique clairement que le sexe des personnes est sans importance, et je crois que nous pouvons y arriver sans faire de scène, en nous faisant bien comprendre.

Par exemple, je me suis toujours opposée à ce qu'un avocat, au cours d'un voir dire, demande à une femme jurée "C'est Mlle ou Mme?" alors qu'il demande simplement à un homme "Etes-vous marié?". J'évite cela en faisant clairement comprendre que je désigne toutes les jurées par le titre "Ms."**

---

* Remarques faites dans le cadre d'un programme de formation des juges intitulé "Practical Trial Problems Involving Women in the Legal System", New York State Judicial College, 5 et 12 août 1982, tirées de la documentation du National Judicial Education Program Equality for Men and Women in the Courts.

** N.D.L.R. Madame ou Mde en français

indiquant de la sorte aux avocats de sexe masculin que je m'attends à ce qu'ils se comportent, à l'égard des jurées et de toutes les autres femmes qui participent au procès, y compris moi-même, de façon professionnelle, sans établir de distinction fondée sur le sexe.

J'estime important de comprendre que plusieurs hommes dans la pratique et au sein de la magistrature ont atteint l'âge adulte avant que les femmes ne se dirigent en grand nombre vers les professions et avant l'émergence des "droits de la femme". Aussi leur sensibilisation à cet état de choses doit-elle se faire au jour le jour. Et l'atmosphère que nous créons, en tant que juges, dans la salle d'audiences peut aider considérablement à assurer cette sensibilisation.

L'HON. STANLEY SKLAR, juge suppléant à la Cour suprême, New York County.

Lorsque j'étais encore dans la pratique privée, j'ai fait l'expérience personnelle de la sensibilisation, et cela m'a amené à considérer les femmes, pour la première fois, comme un groupe égal ayant des problèmes distincts. Le fait que ces problèmes existent toujours et que les femmes affrontent des difficultés particulières au sein du système juridique m'a encore été souligné plus tôt cette année lorsque j'assistais à une séance du New York Women's Bar Association intitulée "Sexism in the Legal Profession - Effective Strategies for Copying". ("Le sexisme parmi les avocats - Stratégies efficaces pour le contrer.")

La discussion portait principalement sur des expériences vécues devant les tribunaux et sur la façon dont les femmes concernées s'estimaient perçues et traitées. Plusieurs des choses qu'elles ont mentionnées étaient évidentes, et il est probable que la plupart des juges ici aujourd'hui, hommes et femmes, auraient pu s'y attendre dans leurs grandes lignes. Mais ce qui m'a frappé le plus profondément au cours de cette séance, c'est l'intensité des sentiments des avocates sur la façon dont elles étaient traitées en tant que professionnelles et combien elles s'estimaient injustement exclues des réseaux officiels et privés qui existent au sein des systèmes juridique et judiciaire.

LA CRÉDIBILITÉ DES FEMMES DEVANT LES TRIBUNAUX
3. DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE

. Une étude réalisée par un groupe de travail de New York[1] a révélé que les avocates se plaignent le plus de ce qui suit :

- . des termes familiers avec lesquels on s'adresse à elles;
- . des commentaires sur leur apparence physique;
- . des remarques et du comportement avilissants dont elles font l'objet et des avances verbales ou sexuelles qu'on leur fait.

Les avocats étaient considérés comme coupables de tels agissements plus souvent que les juges ou le personnel des tribunaux.

. Dans une affaire récente de la Nouvelle-Écosse dans laquelle les parties étaient le docteur X et son ex-époux, le docteur Y, le juge a expressément demandé si le nom de la femme était le docteur X, pour ensuite, tout au long du procès, désigner les parties sous les noms de Mme X et docteur Y.[2]

. À la suite d'un programme américain de formation des juges, ceux qui en ont bénéficié ont plus tard exprimé une plus grande conscience de l'impact défavorable de divers comportements à l'égard des femmes qu'ils n'avaient pas remarqué ou compris auparavant. Ils ont aussi rapporté qu'ils intervenaient désormais pour mettre fin à ces comportements dégradants.[3]

. Dans une étude, 61 % des avocates et seulement 24 % des avocats ont rapporté avoir entendu des juges s'adresser aux femmes de façon inappropriée (en disant par exemple chérie, jeune dame, jolie avocate, ou encore en utilisant les prénoms des femmes alors que les hommes étaient désignés par leur nom de famille ou par leur titre).

---

1 Summary Report of the New York Task Force in the Courts (1986) à la p. 30.

2 C. Boyle et S.W. Rowley, "Sexual Assault and Family Violence : Reflections on Bias" dans l'ouvrage de K. Mahoney et S. Martin, Equality and Judicial Neutrality, (1986), à la p. 318.

3 L. Hecht Schafran, "Educating the Judiciary About Gender Bias" dans Womens' Rights Law Reporter (1986) vol. 9 No. 2, aux pages 116 à 120.

Dans l'étude réalisée par un groupe de travail de New York[4], les juges, les avocats et les non juristes ont conclu ce qui suit :

> [TRADUCTION] "Le manque de crédibilité des femmes ressort de la façon dont elles sont traitées devant les tribunaux et dans le processus décisionnel judiciaire. Les femmes sont parfois traitées avec agacement, comme des enfants gênants, ou de façon peu respectueuse, comme des objets sexuels."

L'étude a fait aux juges les recommandations suivantes :

> "1. Surveiller les comportements en salle d'audiences et dans leur cabinet et intervenir rapidement pour rappeler à l'ordre les avocats, les témoins et le personnel du tribunal qui ont un comportement sexiste.
>
> 2. Voir à l'usage d'une terminologie neutre, faisant abstraction du sexe des intéressés, dans la correspondance, les décisions et les communications orales officielles du tribunal ..."

Au Canada en 1989, les avocates ont gagné en moyenne 44 000 $ alors que les avocats ont gagné en moyenne 86 000 $. Après avoir tenu compte de toutes les variables (par exemple leur ancienneté au Barreau) un écart de 20 000 $ est resté inexpliqué et a conduit à la conclusion dans l'étude en question que les femmes ne gagnent pas autant que les hommes même lorsqu'elles exercent leur profession dans des domaines traditionnellement masculins, qu'elles gagnent de l'expérience et deviennent associées.[5]

---

4 Ibid.

5 Selon John et Marie Huxter, lorsqu'ils ont présenté les résultats de leurs recherches effectuées pr l'entremise la faculté de Sociologie de l'Université de Toronto, au congrès de l'Association du Barreau Canadien de l'Ontario le 6 février 988, consacré au sujet suivant : "Women and the Law" (les femmes et le droit).

Document: 860-265/006

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION
OF PROVINCIAL COURT JUDGES

Opening Address

The Hon. Justice Michael Kirby CMG*
Australia

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

PLEASE NOTE

This document is made available by the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat (CICS) for education and/or information purposes only. Any misuse of its contents is prohibited, nor can it be sold or otherwise used for commercial purposes only. Reproduction of its contents for purposes other than education and/or information requires the prior authorization of the CICS.

Intergovernmental Document Centre
P.O. Box 488, Station A
Ottawa, Ontario K1N 8V5

CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES

CONFERENCE QUEBEC CITY, QUEBEC, CANADA

OPENING ADDRESS: 13 SEPTEMBER 1990

The Hon. Justice Michael Kirby CMG*

Australia

THE IMPENETRABLE FUTURE

Many years ago, in far away Australia, I acted in a school play named "Chateau Frontenac". It was written by one of the teachers. It was about murder and mayhem. As usual, I was chosen to play the villain. That was always my fate in school plays. I cannot recall why the play had that title. So many years have eroded the memory cells filled now with laws and precedents. Little did I think, as I slapped on the greasepaint and strode under the bright lights, that I would end up here in the real place.

There could be few more intriguing, dramatic venues for a conference than this. High upon the cliffs we look down to the majestic St. Lawrence river. We peer over the ocean towards the old world, whose dominant civilization spread its influence here - and to the four corners of the globe. We think of Jacques Cartier who ventured bravely and landed on this coast in 1534 returning but one year later to this place. We think of Champlain who established his village here in 1608. Little wonder that a robust culture took root. It had to do battle not only with the physical elements but with the indifference of the colonial power, the warlike Iroquois and Mohawks and later the organized power of Anglophone North America. Only a strong civilization would survive such tests. It is a marvellous venue for any conference. It is an especially suitable one for the judges of the Provincial Courts of Canada at this time.

This is a testing time for the future of Canada held together by sentiment, history and law. It is a privilege for me,

as an Australian judge, to join you on this occasion. I will deliver these remarks and then sit amongst you, learning of the ways in which you are tackling problems common to both our continental countries.

I am conscious of the special responsibility of the opening speaker of a law conference. He or she will usually be the only person who can capture the attention of nearly everyone before a few steal away to the delight of the venue. The speech must therefore be witty, profound, practical yet rich in philosophy and insightful of the future. That is a tall order. You have chosen for your theme the Judge in the 21st Century. Who would be so bold as to foretell a whole century when the future but a week hence is so impenetrable?

THE CHANGES WE HAVE SEEN

A reflection on the changes we have seen in the judiciary, and in legal practice, in our own lifetimes gives us some clues as to what the future holds in store. Most of us are old enough to remember legal practice in the 1950s and 1960s:

> "Typists were gathered together in a typing pool and laboured away at manual typewriters. The senior partner's secretary had an electric typewriter which caused a considerable amount of jealousy ... [Many lawyers] did not believe in dictaphones, preferring old-fashioned dictation or longhand drafting of letters and documents. [Perhaps] the senior partner had had an unfortunate experience with one of the early record-type dictaphones where he had dictated all of one Saturday morning only to find that the machine was not recording. [Such an] incident reinforced the firm's distrust of modern technology for some years to come ... The early photocopiers also led a chequered existence. There were both wet and dry photocopiers which had but one characteristic in common - they produced poor quality photocopies. One solution [was] to have a typist copy incoming correspondence that you wanted to forward to your client. [In Australia] in the early 60s accounts were still rendered in guineas rather than pounds ... The Legal Aid Commission and Community Legal Centres had not yet been established and yet the cost of legal representation did not appear to be the problem it is today ... The profession felt an obligation to undertake a considerable amount of work on a pro bono basis ... The sixties were the era of the small firm."[1]

Then came the 1970s. Few manual typewriters were left.

Photocopiers improved and copy letters disappeared forever. Now typically everything was photocopied may times over. Memory typewriters were introduced. Their capacity was expanded by the IBM mag card machines. Answering machines became all the vogue. Government funded legal aid was introduced into Australia. Legal firms started to get bigger.[2]

The 1980s was the decade of the computer and the word processor. VDUs spread from the secretaries to the desks of partners, barristers and even some judges. Fax machines were introduced at the end of the decade. I received my invitation to this conference by fax. Hands-free telephone calls "sounding like conversations through a long dark tunnel" annoyed clients and other lawyers alike.[3] The cost of modern technology became a factor in the growth of the big legal offices. To cope with the vast expansion of statute and common law, continuing legal education for the profession, and ultimately the judiciary came about and was accepted quietly. Electronic mail was even replacing some of the facsimile traffic. Video performances in the top courts were introduced first in Canada and later in Australia. Transcontinental legal firms introduced teleconferencing to save the time of travel over such large distances. The attractive, sweet smelling bookstalls of legal conferences of yesteryear were replaced by clinical booths displaying sophisticated computer technology. All this and more in the thirty years of my professional practice.

Far from standing still to catch its breath, technology is galloping ahead at such a pace that we can scarcely guess where it will take us in the decade - let alone the century - ahead. One Australian lawyer ventured these predictions:

> "Every new generation of computers is obsolete by the time it is marketed ... There will be much more widespread use of electronic mail, resulting in less paper spread around [lawyers'] offices. Many ... will type their electronic mail themselves, either in their office or wherever they may happen to be on a portable personal computer. The nineties should also see the introduction of voice activated word processing systems which enable dictation to be word processed without the assistance of a word processing operator. Although such a system would not remove the need for secretaries who would then really become personal assistants rather than their previous role of document producers, it would cut down on the need for support staff. Libraries as we know them will be used less than in the past. Computerised library retrieval systems, available from every

computer terminal in the office, should largely replace hard copy library books by the end of the nineties.[4]

In some parts of the world, including in Canada, judges already have VDUs on the Bench. They can retrieve legal authorities, statutes and common law decisions. They can monitor the history of the case before them and review its place in the throughput of the court's system whenever adjournment is requested. Perhaps, during the more tedious of arguments, they can even refresh their mind with poetry or take comfort in some deft computer doodling. It is not entirely fanciful to predict that in a century, or even less, our fallible human memories will be enhanced by implanted miniature computers which supplement our brain capacity. Just think what a boom it would be always to be able to retrieve the most obscure texts of statute or common law all neatly filed in an implanted wafer and subject to simple command.

THE ABIDING WILL TO DO JUSTICE

If we look at the recent past, the prospects of the immediate future seem dazzling indeed. Those of the long term - say a century hence - seem positively frightening. And if we scoff at this, we should pause to remember that the great engine of our time is technology. If at a conference like this a century ago a speaker had proclaimed the very changes we have witnessed, there is little doubt that the assembled judges and magistrates of yesteryear would have laughed with derision. The notion that in but 60 years the sun would indeed set on the British Empire and that the primitive colonial peoples of Asia and Africa (many of them but recently brought under the civilizing influence of the Union Jack and the Tricolour) would be independent nations, would have seemed quite fanciful. A description of the jumbo jet that would bring conference goers to a never-ending cycle of international meetings would have seemed highly far fetched. The terrifying weapons of war and bombs that could destroy the whole world - with all its beauty and civilization - would have seemed unlikely in the extreme. Remarkable machines that could chatter away, sorting and sifting heroic quantities of information, even into the lawyers office and judges' chambers would have dazzled the mind of the law librarian of 1890, shining her leather bound Appeal Cases. The notion of manipulating life forms and patenting innovations of biology would have seemed a most peculiar one. The advent of a frightening global epidemic insusceptible to scientific skills would perhaps have been the development least surprising to our forebears. The change in our societies brought by broadcasting and

television were then on the brink. The miraculous journeys to the moon and mankind's never ending quest for knowledge about outer space would certainly have appeared remarkable and wonderful to all but Jules Verne. These, and many more, are the changes which have occurred in the last hundred years. Most of them can be laid at the door of science and technology. Most can be traced to the great leap forward of quantum physics. That we have coped with them - and absorbed them - even in our discipline, ancient with the centuries - is a tribute to the adaptability of human society and of the human mind. Above all, it is a tribute to the power of adjustment of the legal system to which we are heirs.

Amongst all these many changes, some things remain the same. Reeling from these predictions, if a lawyer of 1890 were to walk into the Court of Quebec, or a Provincial Court anywhere in Canada today, that lawyer would almost certainly feel at home. The basic procedures and the rules of evidence remain remarkably untouched by the century of progress and change. True, court dress has been altered in some places. True also, the clothes of participants would seem a trifle immodest. Some of the equipment scattered around the courtroom would appear unfamiliar. But the fundamental forensic technique remains the same. Especially in criminal proceedings the basic rules remain remarkably stable. And most stable of all is the <u>will</u> of the presiding judge to do justice. It is this will which distinguishes the human legal system, which judicial officers administer, from mechanical functions by which problem solving is reduced to the decision of a computer. Justice in the courts - not least in Provincial Courts and the Court of Quebec where more than 90% of Canada's cases are tried - represent the formal instruments by which society resolves serious problems in an authoritative fashion. These are instruments of social control, but also of justice. The courts are open to members of the community to see them at work, to value them or to criticise. By the public resolution of serious questions, the courts demonstrate the search for justice which is an abiding feature of our legal system. They also demonstrate observance of the rule of law: a government of laws not of men. Machines could not do this: at least in societies organised like our own. That is why, for the foreseeable future the human decision-maker, reflecting human values and demonstrating the human will for justice, will remain the centrepiece of our system of justice. We may not know what the conference of Provincial Court Judges will be discussing in a century's time. But that there will be such judges - and such conferences - appears a fair bet. So many things change. But some things remain the same.

MORE TECHNOLOGY FOR A CRUSHING WORKLOAD

The special feature of the past decade, at all levels of the

judicial hierarchy in Canada, Australia and other like countries, has been the crushing burden of increasing court business. One Justice of Australia's highest Court complained that the Court was "burdened and overburdened".[5] An inquiry into the workload of the Supreme Court of Victoria, disclosed a ten-fold increase in its throughput since 1950 matched only by an increase in judges from 11 to 21.[6] Legal practitioners constantly call out for more streamlined procedures and an increase in the number of judicial officers. Parliaments repeatedly enact laws imposing new functions on judicial officers. In hard times it is increasingly realized that our communities must be more economical in their use of the judiciary. This involves various possibilities.

* Reforming laws which place an inordinate workload on judges;

* Diverting some matters out of the judiciary altogether;

* Defining more closely the respective functions of judges at different levels of the judicial hierarchy; and

* Improving the cost effectiveness of the way judges go about their work.

There is no doubt that law reform can come to the rescue of the hard pressed judiciary in various ways. There are many examples. I take a few from my own part of the world:

* The Breathalyzer has reduced the tedious and agonizing testimony of policemen and other witnesses concerning impressions of intoxication of a motorist which I remember so well from my youth. A scientific instrument and a statutory presumption of commission of a criminal offence have combined to save many judicial hours, without any significant reduction in the justice dispensed in the courts dealing with this particular social phenomenon;

* In like manner, law reform proposals in Australia have repeatedly concluded that the introduction of sound and video recording of confessions to police would reduce the many tedious courtroom debates, at every level of the hierarchy, which presently precede the admission of most disputed confessional recollections;

* The power conferred on police to impose on the spot fines has substantially reduced the number of cases which must come before judicial officers in the first tier of courts. Of course, the procedure is not perfect. It presents some risks of oppression and corruption. It transfers decision-making effectively (at least in the first instance) from the judicial branch to the Executive. But it does help to sort out most of the cases where a clear offence has occurred and to distinguish them from cases where there is a dispute in which the parties derive resolution by a judicial officer;

* In various jurisdictions of Australasia attempts have been made to find more cost-effective ways of delivering the compensation dollar to persons injured in motor vehicle or employment accidents. I know that you have had reforms in Canada along similar lines. No reforms have been more radical than those adopted in New Zealand where personal accident cases have been swept from the courts altogether replaced by a national compensation scheme based on social security principles. The high component of judicial time absorbed in Australia in accident cases would be immediately released for other work, perhaps of greater social utility and need for individualised decision-making, if a scheme such as that in New Zealand, or a modification of it, were adopted in Australia.[7] Needless to say such schemes invite the adamant opposition of litigation attorneys and barristers. There is no doubt that the quality of justice is reduced as the price paid for reducing the proportion of compensation funds that must be expended in the highly cost intensive system provided by the ordinary courts; and

* To reduce costs of divorce and better to utilize scarce judicial time in that field, proposals have been accepted in Australia by which, where disputes about children and property are not involved, divorce can now be secured by post.[8]

SENDING PROBLEMS TO SOMEONE ELSE

It seems likely that law reform of this kind will continue to address the problems presented by the increasing burden of work imposed on the courts. But other techniques have lately come into vogue. These seek to stream away from the public

courts a number of disputes considered appropriate for alternative, non-curial, resolution. The quest for alternative dispute resolution is now seen in most jurisdictions. It was primarily stimulated by developments in the United States where the truly crushing workload of the courts demanded immediate solutions. In many cases there are undoubted advantages in the systems of alternative dispute resolution which call upon negotiation, mediation or adjudication. In Australia, we are beginning to copy the "rent-a-judge" system developed in the United States. A number of retired judges are now offering their services as arbitrators. They are doing well financially, at the same time as drawing their judicial pensions earned over many years of public service and avoiding the embarrassment of appearances in court.

Nearly a century and a half ago Abraham Lincoln, himself a lawyer, cautioned his fellow citizens: "Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner [in litigation] is often a real loser in fees, expenses and waste of time".[9] However, whilst these words still remain painfully true for many litigants, for others the cautionary words of Chief Justice Allan McEachern also command respect:

> "It should ... be recognised that in many cases the court is ... the only protection the weak and timid have against stubborn and unreasonable adversaries. We must all be careful not to let that important responsibility be transferred to other disciplines whose only remedy (often ineffectual) is reasonable persuasion".[10]

In some cases there is not a great deal more that can be done to reduce the burden on the courts. The criminal docket provides the clearest example of this. Some relief could be obtained by clearing the statute book of a great range of criminal offences which reflect the social mores of the nineteenth century but which persist because of the difficulty of securing reform. Yet for every offence removed, new offences must be inserted for modern crimes undreamt of in the nineteenth century. These include crimes involving data trespass or the manipulation of computer records.[11] Breathalyzers, recorded confessions and on-the-spot fines may also reduce the criminal case load. But the bulk business remains the same. The only prospect of truly radical change in that business would occur if a public health approach to drug offences were to replace the present criminal justice approach, with all of its imperfections. In Australia it has been estimated that seventy percent of criminal cases coming to the higher courts are, in some way or other, connected with illegal drugs.

If the criminal workload is relatively impervious to change, alternative dispute resolution must concentrate on civil disputes. Whilst the courts should be made more accessible to meet the problem mentioned by Chief Justice McEachern, their incapacity in the foreseeable future to provide justice for middle class citizens who cannot afford lawyers leads inevitably to the exploration of alternatives. It is here that Provincial Courts, and the Court of Quebec, as the first instance court where most citizens come for justice, have a special responsibility. It is in such courts that, for most of our people, the law and justice manifest themselves. It is imperative therefore to enhance standards and enlarge jurisdiction. But not at the price of increasing costs and distancing the first instance courts from the ordinary citizens in the community they serve. Otherwise the courts will increasingly become still more irrelevant to the resolution of the disputes of ordinary people. Such people must then either accept perceived injustice with a cynical shrug or turn to the sometimes unequal forum of a non-court decision-maker. Every observer realizes that improving access to justice is a major challenge to our courts as they face the twenty-first century. Unless we can do so, our much vaunted boast of living under the rule of law involves a qualification. Our justice is available only for people poor enough to qualify for legal aid or rich enough to afford lawyers to represent them.

Those who do not want to close off access to justice in the courts will try to find better ways of processing claims than simply excluding people from judicial decisions. It is because courts themselves realize that they should not become the exclusive club for rich, powerful or funded litigants, that they are constantly searching for new procedures to enhance their social utility. Increasing the power of judicial officers to control proceedings more vigorously than they tend to at present, may be one way. In appellate courts, and probably also at the trial level, I believe that we will see strict time limits imposed for oral argument. Such limits have long since been observed in the Supreme Court of the United States and more recently in the Supreme Court of Canada.[12] We may even see judicial officers made available to parties for a strictly limited time to determine their case. The lawyers' skill would then become that of so refining the issues for determination as to present them to the judge in a manner suitable for decision in the time allotted.

If there are some who believe that technology will miraculously solve all of these problems, it must be said there will be many new dilemmas which technology will introduce which technology will introduce which will take up the time of the courts. I have already mentioned the complex problems presented to the law by computers and transborder data flows. Even more difficult of resolution are the

dilemmas of biotechnology. In Canada, and in other countries, judges have had to decide whether, contrary to parental wishes, remedial surgery should be performed on retarded or physically incapacitated infants.[13] Lawyers who are judges may have only a general knowledge of the technology about which they must make decisions. The forensic trial may not be the best way of equipping such decision-makers for an understanding of the ramifications - technological and social - of the decisions they make. Yet, ultimately, society must have a place where decisions can be made in hard cases, even those involving entirely novel questions. In countries like Canada and Australia, that burden falls, ultimately, on the courts. It is unlikely that this feature of the judicial role will change in the century ahead. All that can be safely predicted is that the decisions will become more numerous, more difficult and more controversial.

REORGANIZATION OF THE TRIAL COURTS

I have left till last three matters of controversy. I have done so in order to lift your flagging spirits and to reward those who have stayed the course with a few words of topical relevance.

High in the concerns of the participants in this conference is the future design of trial courts in Canada. The reorganisation of the trial courts has been a feature of the Canadian judicial scene, at least since 1934. It was in that year that the Ontario District Court judges proposed to the Attorney General a merger of their Court with the Supreme Court.[14] The proposal was repeated in 1971 in a submission to the Ontario Law Reform Commission. In 1975 all of the District Court Judges of Prince Edward Island were elevated to the Supreme Court, resulting in a single trial court. In 1978 the Court of Queen's Bench of Alberta was formed by a merger of the District Court and Trial Division of the Supreme Court. Similar amalgamations took place in the succeeding years in other provinces. In 1987, the Ontario Courts Inquiry under Justice Thomas Zuber recommended the establishment of a single superior trial court for that province.[15] However, an "infamous" sentence on page 83 of that report held back from recommending that judges of the District Court be automatically transferred to the proposed Superior Court. It would be made up of all current High Court Justices together with new appointees. The most that Justice Zuber would recommend was that "the appointing authorities look first to the members of the District Court when increasing the complement of the Superior Court".[16] It was this recommendation which, naturally enough, raised deep concerns about the personal position of present incumbents in the District Court. More fundamentally, it raised important questions concerning the protection for, and

respect of, judicial independence upon the reorganization of a court system.

I am, of course, aware of this controversy and the way in which it has implications for the role, appointment, status, salaries and independence of the Provincial Court judiciary. In the recent past, that judiciary has had a lively concern about its own independence as witness the Valente litigation which went to the Supreme Court of Canada.[17] There is no doubt that the judges of the Provincial Courts perform the overwhelming bulk of criminal dispositions in Canada. The estimates run up to 97%. They are certainly over 90%. Pressure for rationalization of the court system arises in respect of civil trials where delays are great and occasion the abandonment of claims or resort to alternatives outside the courts. But they are most acute in the field of criminal law. This has led to a proposal by the Law Reform Commission of Canada for significant changes in criminal procedure and for consideration of a Unified Criminal Court.

This proposal arose out of suggestions by Professor Friedland in 1969 for a substantial restructuring of the court hierarchy.[18] The proposal gained momentum with the passage of the legislation in Quebec to amend the Courts of Justice Act and to reorganize the Provincial Court, the Court of Sessions of the Peace and the Youth Court into a single judicial body: the Court of Quebec, whose members are our hosts at this conference. The details of the reorganization will be well known.[19] At the time of the consolidation the hope was expressed that a single judicial body would "help to standardise management practices and administrative practices which in the past often differed from one court to another and even from one region to another, often without any clear justification". It was hoped that the new structure would "allow for better coordination and planning of human material and financial resources, particularly in view of the fact that all new judges appointed to the Court of Quebec [may] be required to exercise the court's full jurisdiction, whatever division they are assigned to".[20]

The difficulties in the way of pressing further the form of "qualified" unification evidenced by the merger of Superior Courts has been acknowledged by the proponents of still further unification in a single provincial trial court.[21] As well possible constitutional difficulties, which I would not dare to explore, are said by some to stand in the way of any proposal which undermines the constitutional assumption of a superior court. But the proponents of reform, like law reformers everywhere, are courageous (or foolhardy) enough to press on with their ideas. They urge the removal of the multi-tiered court system, at least for the trial of criminal cases in order to reduce the complexities of procedural complication said to be "Byzantine" in their intricacy, to rationalise the use of court resources, to reduce the delays

occasioned by labyrinthian structures and to facilitate better scheduling of cases and the more efficient disposition of scarce and expensive judicial time.

Behind the arguments for change are sensitivities as to salary, designation, status and perceived independence on the part of judges appointed under s 96 of the Canadian Constitution and judges appointed by the provinces. I was somewhat amused to see one note which indicated that a source of particular anxiety in some quarters is the fact that Provincial and County Court judges are called "Your Honour" whereas judges of the Supreme Court are addressed as "my Lord" or "my Lady".[22] In Australia and New Zealand, as in the United States, judges of superior courts must all make do with "Your Honour". No Lordships or Ladyships breath our more egalitarian air. Perhaps this is the equalising direction in which you should be moving. The notion of appointing more Lords and Ladies on the brink of the twenty-first century and the New World strikes an outside observer as a trifle anachronistic

There are, of course, opponents of the unified criminal court in Canada, just as there are in Australia. If I rehearsed you the basis of the opposition in my own country, it will (I feel sure) come as no surprise. Whenever it is suggested there, the opponents say that (difficult and hurtful as it is to mention it) there is within the judiciary, as there is in any field of expertise, a hierarchy of talent. True, it is not reflected exactly in the disposition of personnel throughout the court decided hierarchy. Occasionally, at the highest level there is a poor appointment. Quite often at the lowest level there are brilliant appointees who would grace the appellate bench. But the notion that every judicial officer is of equal talent is self-evidently false. Some appellate judges who are first rate in conceptualising the law might be much less expert in running a trial. Some judges capable in a short trial might not have the trial experience or even the intellectual equipment to run a lengthy trial or one bristling with numerous difficult and technical points. A Canadian judge of my acquaintance, in a letter to me, encapsulated this idea, in a comment on the single trial court that it involved a "kind of socialist levelling [which] has never succeeded in economic matters; I have great doubts that it will work in the judicial system".[23] To the same effect is the comment of another judge that the notion that all judges are equal is "logically and factually unsound".[24] If a single court were imposed, so it is argued, an informal hierarchy would develop within it which would impose heavier burdens of responsibility and industry on some members without commensurate reward or public recognition.

I do not venture to arbitrate between these schools of thought. We in Australia are some way behind the

developments that have already occurred in Canada. In most of the jurisdictions of Australia there are still three tiers of judicial officers: magistrates, District Court judges and judges of the Supreme Court. Only in one State, my own, is there a separate permanent Court of Appeal. The other States persist with various forms of rotational Full Court arrangements. As in Canada, there is a Federal Court. There is also in Australia a separate Family Court. The system comes together in the High Court of Australia which hears appeals only by special leave of that Court. There are no formal moves to create a single trial court; although proposals to that end are occasionally made by politicians who speak of combining the trial divisions of the Supreme and District Court or, occasionally, of the Supreme, District and Local Courts. In New Zealand a major reform was achieved 15 years ago, following a Royal Commission, when the Magistrate's Courts were abolished and magistrates elevated to a District Court with the status, title and designation of judge. In these circumstances, you will understand me when I say that not a few judicial eyes are upon the reforms that you are effecting in Canada. Although we do not have the same dichotomy between Federally and State appointed State judges, many of the issues raised in your debate present parallels to our situation.

Greater efficiency is certainly needed in the use of judicial time. But ability and experience in judicial officers is not equal, any more than in other professions. How we recognise and reconcile these two propositions is the challenge for court reorganisation. Even if you were to fasten me to the rack, you would not extract more opinions on the topic than that.

PUT NOT YOUR FAITH IN PRINCES

In Australia, the controversies about court reconstruction have been different. They may have some parallels for you in Canada. You should study them and ensure that you do not make our mistakes. Traditionally, in Australia, as in Canada, where a court or court-like tribunal is restructured, great care has been taken to appoint all former members of the abolished court or tribunal to the new body. This is done, not out of respect for the talents of the incumbents. Of necessity, they will have been revealed with varying strengths and weaknesses. Instead, it is done out of respect for the principle of judicial independence and the notion that a judicial or other independent officer holder, once appointed, should not effectively be removed from office by the simple expedient of the reconstruction of his or her court. Sad to say, that is what has happened in two unfortunate cases in Australia in recent years.

One case concerned Justice James Staples, a judge of the Australian Conciliation and Arbitration Commission. For constitutional reasons, that body is not, strictly, a Federal

court. But by Act of Federal Parliament its members, with legal qualifications, were given the same title, rank, designation and salary as a Federal Court judge. They were appointed by a like commission. Moreover, the Act of Parliament appointing them provided that they could only be removed from office in the same way as a Federal judge could be removed, namely by an address of both Houses of Federal Parliament in the same session praying for the removal by the Governor General on the ground of proved misbehaviour or incapacity.

Justice Staples was something of a maverick. Successive Presidents of his Commission reduced and then abolished his sitting allocations in that body. The government took the occasion of the restructuring of the body and the creation of the Industrial Relations Commission of Australia to appoint every member of the former tribunal to the new body, except Justice Staples. There was a delayed protest but a vigorous one. It is a bad precedent.[25]

Just as bad is what occurred on the reorganization of the magistracy of New South Wales. The purpose was admirable. It was to abolish the Courts of Petty Sessions and reconstitute the Magistrate's Courts as an independent Local Court. Only five of more than one hundred magistrates of the old court were not "reappointed" to the new. These five were not informed of certain allegations of unfitness which had been made privately about them to the Attorney General when it was recommended that they should not be appointed to the new court. The New South Wales Court of Appeal set aside the decision of the Attorney General not to recommend their appointment. It held that the decision was voided by procedural unfairness.[26] It held that the magistrates were not entitled to an order for appointment to the new court but to a declaration which would secure them a full and fair consideration of their applications, freed from the allegations of unfitness which had not been disclosed to them. The High Court of Australia refused to grant special leave to appeal from that decision.

Unfortunately this was not an end to the litigation. The State Attorney General purported then to require each of the five applicants to make a fresh application. He stated that they would only be considered along with other fresh applicants and, by inference, in competition with them. In respect of the lone former magistrate who stayed the course, the Court of Appeal decided that no fresh application was required. His original application should still be considered by the Attorney General according to law. The Court of Appeal said:

> "The vice of the course which is followed by the Attorney General is plain. The public interest in the security of judicial tenure upon

reconstitution of a court was given no apparent weight and was not acknowledged ... [There was no] warrant in treating Mr Quin and his colleagues merely as fresh applicants, in competition with other new applicants, when a principal basis of the previous decision was their special position from which only was derived their special entitlement."[27]

This decision was recently reversed by the High Court of Australia by a narrow majority.[28] The majority held that the courts should not intrude into the workings of the Executive Government to review judicially advice given to the Crown on the appointment of judicial officers. Such legitimate expectations as the former magistrates held by reason of their earlier Judicial office could not, so the majority held, stand against the unfettered power of the Crown to appoint to that office whom it saw fit.

Because you in Canada follow a similar principle of Crown appointment to judicial office (whether the Federal or Provincial government recommends the appointment) there may be lessons for you in the unfortunate instances which I have detailed. The outcry about Justice Zuber's proposals as they affected tenured judges, indicates the high sensitivity that, properly in my view, exists in Canada upon this topic. The judges of Canada should be alert to the perils of restructuring of courts. They should ever remember the Shakespearian warning apt for the judiciary in its relationship with the Executive: "Put not your faith in princes".

THE CHALLENGE OF THE CHARTER

I will not tarry long over the tremendous impact of the Charter on future judicial activity in Canada. I can safely leave this to my admired friend Walter Tarnopolsky. In this regard we in Australia remain staunchly unreformed. It is not true to say that the Australian Constitution contains no express or implied constitutional guarantees.[29] In a number of critical decisions our highest court has found in the somewhat sterile language of our Federal Constitution unexpected principles defensive of notions useful for rights and freedoms. Perhaps the most notable case occurred when Federal legislation to ban the Communist Party was declared unconstitutional, even at the height of the Korean War in 1951.[30] More recently, a little known provision in the Constitution was found to be a weapon to strike down the restrictions placed by the Queensland courts on interstate legal practitioners securing a right of audience before the State courts of Queensland.[31] Many are the decisions where

the High Court and other courts of Australia have upheld fundamental principles of the common law in the face of the general language of legislation which did not (as it was found) adequately demonstrate an intention to repeal or override basic rights.[32]

However the fact is that we in Australia do not enjoy the stimulus of a Charter. I am aware of the controversy in Canada, even after the Charter, as to the desirability of providing such a large licence for lawmaking to such a small group of unelected and unaccountable officials.[33] The fact is that you now have the Charter. It is no reproach to judicial officers to say that they must learn to live with it. They must give effect to its obligations and opportunities. It imposes upon judges at every level in Canada duties of foresight and conceptual thinking, of social engineering and sensitivity that takes your judiciary beyond the traditional tasks still performed by your judicial cousins in the Antipodes. These are obligations and opportunities which did not exist a century ago. Where they will take your judiciary in the century ahead remains to be seen.

It will be fascinating, from afar, to study the course of this experiment. There seems little likelihood that Australia will take the same path in my lifetime. An attempt in 1988 to introduce a few seemingly uncontroversial basic rights in our Constitution was lost at the referendum. The proposals did not secure approval in a single state or territory. None of them secured a national vote of more than 30%. Constitutionally speaking, Australia remains the frozen continent. Its people resolutely support the notion of lawmaking by Parliament, not the judiciary. Any amount of judicial and academic writing about the existing scope of judicial lawmaking in the common law will not convince a sceptical population otherwise.[34]

A LAND FAVOURED BY PROVIDENCE

The basal question of the future of Canada itself cannot be ignored. It behoves a foreign visitor to step lightly where home-grown judicial angels would fear to tread. What can I properly say on a topic <u>so</u> sensitive?

In a sense, we all have Crown commissions. By whatever government appointed, we are all part of the constitutional machinery of our respective countries. In the past, there has been a tendency to over-estimate the similarities between Australia and Canada. True, they share a similar history of a period of British colonial rule. They also share Federal political systems, enduring economic affluence by comparison with the rest of the world, large sparsely populated territories and a legal system profoundly influenced by the

common law of England. Yet according to recent observers, our two Federations have increasingly taken divergent paths. Fundamentally, this has been attributed to the regionalism which has persisted in Canada but has been absent in Australia. My country has been described, with accuracy, as possessing "linguistic, social and cultural homogeneity unparalleled across so great an area anywhere else in the world".[35] It has been the special linguistic and cultural feature of this part of Canada which has given your confederation its particular, unique character.[36]

Nagging at all our minds in considering the future of the judiciary of the Provincial Courts of Canada a century hence is the inevitable question: What will be the shape of Canada at that time. Every decade or so you seem to have a crisis in Canada. Foreign observers see it come and then recede. But it would be a mistake to see these crises as peculiar to the Canadian community. A moment's reflection upon the revolutions of the last year, which are continuing in Eastern Europe, the Soviet Union and down into Asia, demonstrate the abiding power of language and culture and group identity. I have no doubt that in the decades ahead we will see much more of group rights and peoples rights as a complement to the assertions of individual human rights which have so dominated international thinking in the past fifty years.[37]

Canada and Australia share an official philosophy of multiculturalism. You were there first; but we followed close behind. You arrived first because you had longer to think about the issue by reason of the special place of Quebec in the Federation. It was the very existence of the two dominant communities which sparked the idea of multiculturalism, as Pierre Trudeau explained it:

> "In Canada ... the die is firmly cast. There are two main ethnic and linguistic groups. Each of them is too strong and too deeply rooted in the past, too firmly bound to a mother-culture, to be able to engulf the other. I have always believed that if these two groups could collaborate at the hub of a truly pluralistic State, Canada could become an envied seat of a form of Federalism that could be a brilliant prototype for the moulding of tomorrow's polyethnic civilisation, a better model even than the American melting pot. Rather than forging a new allow, the Canadian model would preserve the characteristics of each group in a mosaic of cultural coexistence."[38]

There is no more eloquent statement of the philosophy of cultural coexistence which is now accepted on a multipartisan basis for the Commonwealth of Australia. No longer do we

insist that all should march to the one drum. At its heart, that notion has a fascist ideal of uniformity, consistency and compliance. Diversity on the other hand, is the protectress of freedom. The acceptance of diversity in a multiracial and multicultural Federation is a true model for the world of the twenty-first century. After Hiroshima, it must be the model to which humanity aspires if it is to survive and flourish in this blue planet. If it cannot succeed in Canada, Balkanisation is the alternative.

There would be certain tears if the Federation of the Soviet Union were to fall apart and the myriad of little Republics, with their old battles, sentiments, hatreds and prejudices were revived unconnected with each other and warring at their borders. But I venture to suggest that there would be a flood of tears if the brave idea of Canada proved beyond the safekeeping of this generation of people and politicians. Forgive me speaking on a topic so delicate. But a conference in Canada, at this time, which failed to look to this aspect of the future would not deserve intellectual credibility.

It is lawyers who make federations and the formulae of federal constitutions. It is lawyers and specifically judges, who sensitively hold the balances and protect the basic rights of all the people especially the minorities. Federalism is legalism. It is a system of government specially suitable to the twenty-first century when so many other pressures will exist for centralisation, uniformity and control. It is a kind of planned inefficiency of society and government: but one defensive of liberty, human rights and peoples' rights - and the more desirable for that reason.

We, as judges and unelected officials cannot solve the great political controversies of the day. But by good example, working together, speaking each other's language and drawing on the strengths of more than one legal and cultural tradition, we can greatly enrich our societies. By good example, we can lead them confidently to the future. It is this prospect which lured me across half the world to this historic city, at a special time, to the company of fellow workers in the cause of justice under the law. My fervent hope is that, a century hence, when judges and lawyers of Canada gather in Quebec City, they will talk of the adaptation of ancient systems of law to an age of unimaginable technology. But they will also talk, as we will, of the rule of law: safeguarded by independent judges of integrity, diligence and learning in a land favoured by providence. Many things change. But some things must remain the same.

ENDNOTES

President of the Court of Appeal, Supreme Court of New South Wales, Australia. Commissioner of the International Commission of Jurists.

1. R Cornall, "Towards 2000" (1990) 64 Law Inst J (Vic) 25.

2. Ibid, 26.

3. Ibid, 26.

4. Id, 27.

5. [1983] Reform 103.

6. Australian Broadcasting Commission, "The Law Report", 16 August 1983 (Ian Dunn, Law Inst (Vic)). See discussion in M D Kirby, The Judges, Boyer Lectures 1983, ABC, Sydney, 72.

7. Australia, National Commission on Compensation and Rehabilitation, Report, 1975 (Woodhouse Report).

8. Family Law Amendment Act 1983 (Cth).

9. A Lincoln quoted in British Columbia, Report of the Justice Reform Committee, Access to Justice, 1988, 180.

10. A McEachern, Speech to the Canada/United States Legal Exchange, Ottawa, 1 September 1987, mimeo, cited ibid, 180.

11. See eg R v Gold [1988] AC 1063 (HL); Stewart v The Queen (1988) 41 CCC (3d) 481 (SCC). For other Canadian cases see discussion G Hughes, (ed) Essays on Computer Law, Longmans, Melbourne, 1990, 648ff.

12. A Patterson, The Law Lords, MacMillan, London, 1982, 35.

13. The Superintendent of Family and Child Service v Dawson et al) 145 DLR (3d) 610. (BCSC)

14. P H Russell, The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government, Toronto, McGraw-Hill, Ryerson, 1987, 268.

15. Ontario, Report of the Ontario Courts Inquiry, 1987 (Zuber Report). See also Ontario Law Reform Commission, Report on the Administration of the Ontario Courts, 1973.

16. Zuber Report, 110. See discussion in C Baar, "The Zuber Report: The Decline and Fall of Court Reform in Ontario" (1989) Windsor Year Book of Access to Justice, .

17. Valente v The Queen (1985) 24 DLR (4th) 161 (SCC). See discussion Manitoba Law Reform Commission, The Independence of Provincial Judges (Report 72), 1989, 3. See also "The Independence of the Provincial Court Judiciary in Ontario - a Frontline View", unattributed article in (1990) 14 Provincial Judges' Journal (Canada) 6.

18. Cited S A Cohen, "The Law Reform Commission's Position on a Unified Criminal Court" (1989) 13 Provincial Judges' Journal (Canada) 7, 9.

19. (1988) 14 Cth L Bulletin 295.

20. Ibid, 296.

21. Cohen, 9.

22. Ibid, 10.

23. Unattributed letter to the author, 11 April 1990, 2.

24. Unattributed letter to the author, 6 April 1990.

25. The story is told in M D Kirby, "The Removal of Justice Staples and the Silent Forces of Industrial Relations" (1989) 31 J Indl Rels (Aust) 334. See also J Kitay and P McCarthy, "Justice Staples and the Politics of Australian Industrial Arbitration" (1989) 31 J Ind Rels (Aust) 310.

26. Macrae & Ors v Attorney General for New South Wales (1989) 9 NSWLR 268 (NSWCA).

27. Quin v Attorney General for New South Wales (1988) 28 IR 244 (NSWCA).

28. Attorney General (New South Wales) v Quin (1990) 64 ALJR 327 (HCA).

29. Deane J in Street v Queensland Bar Association (1989) 63 ALJR 715, 737 (HCA).

30. The Australian Communist Party & Ors v The Commonwealth & Ors (1951) 83 CLR 1. The story is told in M D Kirby, "H V Evatt, the Anti-Communist Referendum and Liberty in Australia" to be published in the Australian Bar Review, 1990.

31. See Street v Queensland Bar Association, above.

32. A good recent illustration is Baylog v Independent Commission against Corruption (1990) 64 ALJR 400 (HCA).

33. See eg A E Hutchinson and A Petter, "Private Rights / Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter" (1988) 28 Uni Toronto LJ 278; A Petter, "Legitimizing Sexual Inequality: Three Early Charter Cases" (1989) 34 McGill LJ 358.

34. See B Horrigan, "Taking the High Court's Jurisprudence Seriously" (1990) 20 Queensland Law Soc J, 143.

35. See Howard, Australian Federal Constitutional Law, 3rd ed, Law Book Co, Melbourne, 1985, 96.

36. Discussed in R Cullen, "Canada and Australia: A Federal Parting of the Ways" (1989) 18 Fed L Rev (Aust) 53, 54 ff.

37. See J Crawford (ed) The Rights of Peoples, Clarendon Press, Oxford, 1988. See also note "UNESCO Experts' Meeting on the Rights of Peoples, Paris, November 1989 (1990) 64 ALJ 293.

38. P Trudeau, Towards a Just Society, Viking Penguin (Co-ed with T Axworthy). See also J Godfrey, "What Canada Will Be Like in Twenty-five Years", The Financial Post, 26 February 1990, 14.

Government Publications

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES

QUÉBEC (Québec)
Du 12 au 15 septembre 1990

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

LISTE DES DOCUMENTS PUBLICS

LIST OF PUBLIC DOCUMENTS

DOCUMENT NO. NUMÉRO DU DOCUMENT	SOURCE ORIGINE	TITLE TITRE
860-265/004	Professeur R.J. Delisle Université Queen's Kingston (Ontario)	Faits nouveaux dans le domaine du droit de la preuve
	Professor R.J. Delisle Queen's University Kingston, Ontario	Some Recent Developments in the Law of Evidence
860-265/005	Avec la collaboration du centre canadien de la magistrature	Les préjugés eu égard au sexe ont-ils libre cours dans votre salle d'audience?
	With the collaboration of the Canadian Judicial Centre	Is Gender Bias Alive and Well in your Courtroom?
860-265/006	L'honorable juge Michael Kirby CMG*, Australie	Allocution d'ouverture: Le 13 septembre 1990.

DOCUMENT NO. NUMÉRO DU DOCUMENT	SOURCE ORIGINE	TITLE TITRE
	The Honourable Justice Michael Kirby CMG*, Australia	Opening Address: September 13, 1990
860-265/007	Hubert Doucet	Euthanasie: Faut-il faire un débat sur la justesse du débat? Euthanasia: Must we debate the validity of the debate?
860-265/008	Shirley D. Campbell	Is Gender Bias Alive and Well in your Coutroom? Outline of Remarks
860-265/009		President's Report Rapport du Président
860-265/010	W.S. Tarnopolsky	Some Observations on Judicial Interpretation of the Rights Guaranteed in the Charter of Rights in the Supreme Court of Canada
860-265/011	Cours élaboré par Donna Hackett, B.A., LL.B. et produit par le Centre canadien de la magistrature pour le Comité de la formation du Conseil canadien de la magistrature	Égalité des sexes (Trame sonore du vidéo)
	A Program Developed by Donna Hackett, B.A., LL.B. and Produced by the Canadian Judicial Centre for the Education Committee of the Canadian Judicial Council	Gender Equality (Video Dialogue)
860-265/012	Susan Zimmerman	Aids in Canada: Legal and Ethical Aspects
860-265/013	Secrétariat Secretariat	Liste des documents publics List of Public Documents

Document: 860-265/006

Traduction du Secrétariat

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES

Allocution d'ouverture: Le 13 septembre 1990

L'honorable juge Michael Kirby CMG*
Australie

QUÉBEC (Québec)
Du 12 au 15 septembre 1990

VEUILLEZ NOTER

Ce document est distribué par le Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes (SCIC) à des fins éducatives et informatives seulement. Il est interdit de l'utiliser à mauvais escient, de le vendre ou de s'en servir à des fins commerciales. Il est également interdit d'en reproduire le contenu pour des fins autres que l'éducation ou l'information, à moins d'avoir obtenu au préalable l'autorisation du SCIC.

Centre de documentation intergouvernementale (CDI)
C.P. 488, succursale "A"
Ottawa (Ontario) K1N 8V5

Du 12 au 15 septembre 1990

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES

QUÉBEC (QUÉBEC) CANADA

ALLOCUTION D'OUVERTURE : LE 13 SEPTEMBRE 1990

L'honorable juge Michael Kirby CMG*

Australie

L'AVENIR INSONDABLE

Il y a de nombreuses années, dans une école de la lointaine Australie, j'ai joué dans une pièce de théâtre baptisée "Château Frontenac". Elle avait écrite par un des professeurs et ses thèmes étaient le meurtre et la destruction. Comme d'habitude, j'ai été choisi pour le rôle du méchant qui m'était toujours dévolu. Je ne me rappelle pas pourquoi la pièce portait ce titre. Il y a tellement d'années de cela que ma mémoire s'est estompée et que toutes ses cellules sont maintenant accaparées par les lois et la jurisprudence. J'étais loin de m'imaginer lorsque je me maquillais ou que j'étais sous les feux de la rampe que je me retrouverais un jour sur les lieux du crime.

On pourrait difficilement imaginer un décor plus fascinant pour tenir une conférence. Perchés sur les falaises, nous dominons le majestueux Fleuve St-Laurent. Notre regard se tourne vers l'océan et les vieux pays dont la civilisation dominante s'est répandue ici et aux quatre coins de la planète. Nous nous souvenons de Jacques Cartier qui a eu le courage de débarquer sur cette côte en 1534 et d'y revenir à peine une année plus tard. Nous pensons à Champlain qui a construit un village ici en 1608. Il n'est donc pas surprenant qu'une culture résistante ait pris racine. Cette dernière devait lutter non seulement contre les éléments naturels, mais également contre l'indifférence des forces coloniales, les belliqueux Iroquois et Mohawks et plus tard les forces anglophones organisées d'Amérique du Nord. Seule une civilisation forte pouvait relever de tels défis. Le site est merveilleusement bien choisi pour une conférence et tout

particulièrement pour celle des juges des cours provinciales du Canada à ce moment-ci.
Le Canada, cimenté par les sentiments, par l'histoire et par le droit, vit des heures éprouvantes. C'est pour moi un honneur, en qualité de juge australien, de me joindre à vous en cette occasion. Je prononcerai mon discours puis je me mêlerai à vous afin d'apprendre comment vous vous y prenez pour régler les problèmes communs à nos deux pays continentaux.

Je suis conscient de la responsabilité particulière qui incombe à la première personne qui prend la parole à une conférence de droit. Ce conférencier est habituellement le seul à garder l'attention de presque tous les participants avant que quelques-uns ne s'échappent au plus grand plaisir du groupe. Le discours doit par conséquent avoir un caractère spirituel, profond et pratique, mais être également riche d'enseignements et présenter des perspectives d'avenir. La tâche est considérable. Le thème retenu est le juge au XXI^{e} siècle. Or, qui pourrait avoir l'audace de prédire ce qui se passera au cours d'un siècle en entier alors qu'on ne peut même pas deviner ce qui va arriver dans une semaine?

LES CHANGEMENTS QUE NOUS AVONS VÉCUS

Le passé de l'appareil judiciaire et notre propre expérience dans le domaine du droit nous donnent certains indices de ce que l'avenir nous réserve. La plupart d'entre nous sommes assez vieux pour nous souvenir comment s'exerçait le droit dans les années 50 et 60 :

> (Traduction) "Les dactylos étaient regroupés et s'esquintaient à travailler avec des machines à écrire manuelles. La secrétaire de l'associé principal se voyait attribuer une machine à écrire électrique ce qui suscitait un degré de jalousie considérable... (De nombreux avocats) ne faisaient pas confiance au dictaphone et préféraient plutôt, pour les lettres et les documents, utiliser l'ancienne méthode de dictée ou l'écriture courante. L'associé principal avait (peut-être) eu le malheur de dicter tout son travail d'un samedi matin sur un ancien dictaphone à disque pour se rendre finalement compte que la machine ne fonctionnait pas. (De tels) incidents accentuaient la méfiance de l'entreprise à l'égard de la technologie moderne pour quelques années... Les premiers photocopieurs étaient également imprévisibles. À encre sèche ou humide, ils avaient tous un point en commun : ils produisaient des copies de mauvaise qualité. Une solution consistait à faire dactylographier la correspondance d'arrivée que vous désiriez transmettre à votre client. (En Australie), au début des années 60, les comptes étaient

encore calculés en guinées plutôt qu'en livres... La commission d'aide juridique et les centres d'aide communautaire n'existaient pas encore et, malgré tout, les frais de services d'avocats ne semblaient pas causer un problème aussi important qu'aujourd'hui... Les avocats se faisaient un devoir d'effectuer une bonne part de leur travail par altruisme... Les années 60 furent celles des petites entreprises."[1]

Puis vinrent les années 70. Il ne restait pas beaucoup de machines à écrire manuelles. Les photocopieurs firent améliorés et le besoin de dactylographier de nouveau les lettres disparut pour toujours. Souvent, les documents étaient photocopiés de nombreuses fois. Les machines à écrire à mémoire furent lancées sur le marché. Les machines à cartes magnétiques d'IBM augmentèrent leur capacité. Les répondeurs devinrent à la mode. L'aide juridique subventionnée par le gouvernement fut mise en place en Australie et les études d'avocats devinrent plus grosses.[2]

La décennie 80 fut celle de l'ordinateur et du traitement de textes. Les unités de visualisation envahirent les bureaux des secrétaires puis ceux des associés, des avocats, v2oire de certains juges. Les télécopieurs ferent leur apparition à la fin de cette période. C'est par l'un d'eux que j'ai reçu mon invitation à la présente conférence. Les appels par téléphones à mains libres qui donnaient l'impression de parler dans un long tunnel sombre agaçaient à la fois les clients et les avocats.[3] Le coût de la technologie moderne devenait un facteur de croissance des grosses études d'avocats. Le perfectionnement constant des avocats, et ultimement des juges, fut considéré comme normal en raison de la prolifération de lois et de l'élargissement de la common law. Le courrier électronique a même remplacé en partie les appareils de fac-similé. Des montages à caractère visuel furent d'abord présentés devant les plus hauts tribunaux du Canada puis de l'Australie. Les études transcontinentales d'avocats ont adopté les téléconférences pour éviter le temps perdu à parcourir de grandes distances. Une technologie d'informatique compliquée installée dans des cabines spéciales a remplacé aux conférences sur la justice les étalages impressionnants de livres qui sentaient bon. J'ai vu tout cela et encore plus au cours de mes trente années d'exercice de la profession.

Loin de s'arrêter pour reprendre son souffle, la technologie progresse à un rythme tellement rapide qu'on peut difficilement deviner ce qui nous attend au cours de la prochaine décennie, voire du prochain siècle. Un avocat australien a osé faire les prédictions suivantes :

(Traduction) "Chaque nouvelle génération d'ordinateurs est désuète lorsqu'elle est commercialisée... On aura plus souvent recours au courrier électroniques de sorte que le papier deviendra plus rare aux bureaux d'avocats. Nombreux seront ceux qui dactylographieront eux-mêmes leur courrier électronique au bureau ou n'importe où sur un ordinateur personnel portatif. Durant les années 90, on devrait également voir apparaître les systèmes de reconnaissance de la voix qui transformeront la dictée en texte sans l'aide d'un opérateur spécialisé. Un tel système ne rendrait pas superflues les secrétaires, mais celles-ci deviendraient de véritables adjointes plutôt que des productrices de documents. Toutefois, le besoin de personnel de soutien serait réduit. Les bibliothèques telles que nous les connaissons seront moins consultées que par le passé. D'ici la fin des années 90, les systèmes informatisés d'extraction des bibliothèques, auxquels on aura accès avec n'importe quel terminal d'informatique de bureau, devraient largement remplacer les livres sur support-papier.[4]

Dans certaines régions du monde, y compris au Canada, les juges ont déjà des unités de visualisation à la Cour. Ils peuvent extraire de la jurisprudence, des lois ou des décisions de la common law. Ils sont en mesure de suivre l'évolution de l'affaire dont ils s'occupent et déterminer la capacité de traitement à l'intérieur de l'appareil judiciaire lorsqu'une demande d'ajournement est présentée. Si l'argumentation devient extrêmement ennuyeuse, ils peuvent relire des poèmes ou se détendre en jouant à des jeux informatiques qui ne font pas de bruit. Ce n'est pas faire preuve d'un trop grand esprit fantaisiste que de prédire d'ici un siècle ou moins notre pauvre mémoire humaine sera aidée par des ordinateurs miniatures implantés qui amélioreront nos facultés cérébrales. Songer un instant comme il serait avantageux de toujours pouvoir retracer les textes de lois ou de common law les plus obscurs emmagasinés soigneusement sur une tranche implantée et de les rappeler au moyen d'une simple commande.

LA VOLONTÉ PERMANENTE DE RENDRE LA JUSTICE

Si nous nous tournons vers le passé récent, les possibilités à court terme sont réellement prodigieuses. Celles qui s'offrent à long terme, disons dans cent ans, sont franchement effrayantes. Avant de rire, il importe de se rendre compte que la technologie est le plus important phénomène à l'heure actuelle. Si à une conférence comme celle-ci il y a cent ans, un conférencier avait prédit exactement les changements qui se produisent aujourd'hui, il est fort probable que les juges et les magistrats réunis se seraient moqués de lui. L'idée qu'en l'espace de seulement 60

ans, l'Empire britannique serait démantelée et que les peuples coloniaux primitifs d'Asie et d'Afrique (dont bon nombre sentaient depuis peu les bienfaits de la civilisation du pays de l'Union Jack ou de celui du tricolore), deviendraient des nations indépendantes leur aurait sembler le fruit d'une imagination débridée. L'hypothèse que des avions à réaction géants puissent amener des participants à une série ininterrompue de conférences internationales aurait sûrement été considérée comme étant tirée par les cheveux. La possibilité que des armes et de bombes terrifiantes puissent détruire le monde entier avec tout ce qu'il recèle de beauté et de civilisation aurait été jugée fort improbable. L'image de machines remarquables dotées de la parole et capables de trier ainsi que de filtrer d'énormes quantités de données dans les bureaux mêmes des avocats et dans les cabinets de juges aurait laissé perplexe la bibliothécaire de droit de 1890 qui astiquait la reliure de cuir des recueils d'appels. Le concept de la manipulation des formes de vie et des innovations biologiques aurait semblé extrêmement bizarre. Nos ancêtres auraient sans doute manifesté moins de surprise de voir surgir une épidémie mondiale effrayante contre laquelle les connaissances scientifiques ne peuvent rien. À cette époque, on était sur le point d'assister aux transformations sociales qu'allaient amener la radiodiffusion et la télévision. Le voyage fantastique jusqu'à la lune et la soif insatiable de connaissances de l'humanité au sujet de l'espace auraient sans doute grandement impressionnés tous les gens de cette époque sauf Jules Verne. Or, tous ces changements et bien d'autres sont survenus au cours des derniers cent ans. Bon nombre d'entre eux sont les fruits de la science et de la technologie et on peut retracer leur origine jusqu'au grand bond en avant qu'a entraîné la physique quantique. L'acceptation et l'assimilation de ces changements, même dans un secteur aussi ancien que le nôtre, constituent le plus beau témoignage de la capacité d'adaptation de notre société et de l'esprit humain. Mais surtout, en ce qui nous concerne, il s'agit d'une preuve de la capacité d'adaptation du régime juridique dont nous sommes les héritiers.

Malgré tous ces changements, une certaine permanence demeure. Quelles que soient les prédictions, si un avocat de 1890 entrait dans une salle de la Cour du Québec ou d'une Cour provinciale n'importe où au Canada aujourd'hui, on peut être presque certain qu'il s'y sentirait bien. Il est frappant de voir à quel point les procédures et règles de preuves fondamentales sont restées intactes à travers un siècle de progrès et de changements. J'avoue que les costumes de cour ont évolué à certains endroits. Je reconnais également que la tenue vestimentaire de participants seraient jugée un peu indécente. Certains appareils éparpillés dans la salle sembleraient étranges. Toutefois, les techniques de base du barreau sont demeurées les mêmes. Dans les poursuites criminelles surtout, les règles fondamentales ont remarquablement peu évolué. En outre, le phénomène le plus constant de tous est <u>la volonté</u> du président du tribunal de rendre la justice. Cette

volonté est ce qui distingue le sytème juridique humain, que gèrent des officiers de justice, des fonctions mécaniques à l'égard desquelles les décisions peuvent être confiées à un simple ordinateur. La justice par les tribunaux, plus précisément les Cours provinciales et la Cour du Québec où se déroulent plus de 90 p. 100 des procès au Canada, représente l'instrument officiel par lequel la société tranche définitivement de graves problèmes. Ces instruments favorisent le contrôle social, mais également la justice. Tous les citoyens peuvent se rendre en cour pour voir travailler les tribunaux, les évaluer et les critiquer. En réglant publiquement de graves questions, les tribunaux prouvent qu'ils sont à la recherche de la justice, caractéristique permanente de notre système juridique. Ils démontrent également qu'ils respectent une règle de droit qui donne l'autorité aux lois et non aux hommes. Les machines sont incapables de procéder ainsi, tout au moins dans les sociétés organisées comme la nôtre. C'est pourquoi, aussi loin que nous puissions voir, le décideur humain véhiculant les valeurs propres à son espèce et animé d'une volonté de justice demeurera la pierre angulaire de notre régime de justice. Il est sans doute impossible de savoir sur quoi portera la conférence des juges des Cours provinciales dans un siècle. On peut toutefois affirmer, sans grand risque de se tromper qu'il y aura encore des juges et des conférences. Ainsi donc, beaucoup de choses changent, mais d'autres sont permanentes.

RECOURS ACCRU À LA TECHNOLOGIE POUR VENIR À BOUT D'UNE CHARGE DE TRAVAIL ÉCRASANTE

Le fait marquant de la dernière décennie, à tous les niveaux de l'appareil judiciaire au Canada, en Australie et dans d'autres pays analogues a été l'élargissement incroyable du travail des tribunaux. Un juge du plus haut tribunal d'Australie s'est plaint que la cour est largement surchargée de travail.[5] Une étude portant sur la charge de travail de la Cour suprême de Victoria a révélé que celle-ci a décuplé depuis 1950 tandis que le nombre de juges passait seulement de onze à vingt et un.[6] Les avocats réclament constamment une simplification des procédures et une augmentation du nombre d'officiers de justice. Par contre, les parlements ne cessent d'adopter de nouvelles lois qui imposent plus de travail aux officiers de justice. En ces temps difficiles, nous devenons plus conscient que les collectivités doivent utiliser plus parcimonieusement l'appareil judiciaire. Diverses possibilités s'offrent :

* modifier les lois qui donnent trop de travail aux juges;

* enlever carrément certains dossiers aux juges;

* donner une définition plus étroite des fonctions respectives des juges aux différents niveaux hiérarchiques; et

* améliorer l'efficacité des juges.

Il ne fait aucun doute que la réforme du droit peut, de diverses manières, constituer un précieux secours pour des juges débordés. Les exemples sont nombreux, permettez-moi d'en citer quelques-uns propres à la région de la planète dont je viens :

* L'ivressomètre a raccourci considérablement les témoignages assommants et interminables de policiers et d'autres témoins qui, lorsque j'étais jeune, et je m'en souviens très bien, étaient invités à dire si, à leur avis, l'automobiliste était en état d'ébriété. Un instrument scientifique et une disposition prévoyant la présomption qu'une infraction criminelle a été commise sauvent de nombreuses heures de travail aux juges sans que soit pour autant réduite d'importance accordée par les tribunaux à ce phénomène social particulier.

* De la même manière, les propositions de réforme du droit en Australie en sont maintes fois venues à la conclusion que l'utilisation, par la police, d'enregistrements sonores et visuels des aveux réduirait les nombreux débats ennuyeux qui se déroulent actuellement en salle d'audience à tous les niveaux pour refaire le cheminement débouchant sur les aveux les plus contestés.

* Le pouvoir donné à la police d'imposer des amendes sur-le-champ a entraîné une diminution considérable du nombre de cas sur lesquels doivent se prononcer les officiers de justice des tribunaux de premier palier. Il va de soi que la procédure n'est pas parfaite. Elle comporte certains risques d'abus d'autorité et de corruption. Elle se traduit par un transfert satisfaisant du pouvoir de décision (du moins en ce qui a trait au premier niveau) des magistrats aux agents d'exécution. Cette façon de procéder contribue en outre à mettre en relief la plupart des situations dans lesquelles il est manifeste qu'une infraction a été commise et à placer celles-ci dans une catégorie distincte des cas où il existe un différend qui pousse les parties à demander à un officier de justice de se prononcer.

* Dans diverses administrations d'Australasie, on a cherché des moyens plus économiques de faire en sorte que les indemnités parviennent aux personnes blessées dans des accidents d'automobile ou de travail. Je sais que le Canada a effectué des réformes qui vont dans le même sens. Aucune n'est aussi radicale que la démarche retenue par la Nouvelle-Zélande. Dans ce pays, les

dossiers d'accidents personnels ont été entièrement retirés des tribunaux et remplacés par un plan d'indemnisation national reposant sur des principes de sécurité sociale. L'adoption d'un plan comparable ou légèrement modifié par l'Australie libérerait immédiatement pour d'autres fins la part considérable de leur temps que les juges consacrent aux causes d'accidents. Ce temps pourrait servir à effectuer d'autres interventions qui auraient peut-être une plus grande utilité sociale et exigeraient des décisions particulières.[7] Il va sans dire que de tels plans sont exposés à des contestations de la part de plaideurs intraitables. Il est évident qu'une diminution de la qualité de la justice est le prix payé pour l'affectation d'une plus grande part des fonds d'indemnisation aux procédures extrêmement onéreuses des tribunaux ordinaires.

* Afin de sabrer dans les frais de divorce et d'utiliser à de meilleures fins le précieux temps des juges dans ce domaine, l'Australie a adopté des propositions en vertu desquelles s'il n'y a aucun différend au sujet des enfants ou des biens, on peut obtenir le divorce par la poste.[8]

REFILER LES PROBLÈMES À D'AUTRES

Il est vraisemblable que la réforme du droit continue de s'intéresser aux problèmes que cause l'augmentation constante du fardeau des tribunaux. Toutefois, dernièrement, d'autres techniques sont devenues à la mode. Elles visent à détourner des tribunaux publics un certain nombre de différends auxquels une solution de rechange hors cour semble convenir. On constate à l'heure actuelle que la pluplart des administrations cherchent des formules de remplacement pour régler les litiges. Les premières manifestations du phénomène ont surgi aux États-Unis où l'ampleur réellement excessive de la tâche des tribunaux exigeait des solutions immédiates. Souvent, les systèmes qui font appel à la négociation, à la médiation et à une décision comportent des avantages insoupçonnés. En Australie, nous commençons à imiter le système "rent-a-judge" mis au point aux États-Unis. Un certain nombre de juges à la retraite offrent leurs services en qualité d'arbitres. Ils jouissent d'une bonne situation financière parce qu'ils touchent une pension après avoir été au service du public pendant de nombreuses années et ils évitent la complication d'avoir à travailler dans un tribunal.

Il y a près d'un siècle, Abraham Lincoln, lui-même avocat, mettait en garde ses concitoyens. Il les invitait à convaincre leurs voisins de chercher des solutions à l'amiable, de leur souligner que les gagnants apparents (dans un procès) seront

souvent les vrais perdants à cause des honoraires, des dépenses et du temps perdu.[9] Toutefois, même si la pertinence de ces remarques demeure toujours valable pour de nombreuses parties, d'autres ne peuvent que reconnaître la justesse de l'avertissement du juge en chef Allan McEachern :

> (Traduction) "Il faut savoir que souvent le tribunal est la seule protection qu'ont les faibles et les timides contre des adversaires têtus et déraisonnables. Nous devons tous éviter que cette importante responsabilité soit transférée à d'autres disciplines dont le seul recours (souvent inefficace) est la persuasion fondée sur la logique."[10]

Dans certains cas, on peut faire bien davantage pour réduire le fardeau des tribunaux. Le secteur pénal en fournit le meilleur exemple. On pourrait trouver un certain répit en épurant les textes de loi d'un vaste éventail d'infractions pénales qui traduisent les moeurs du XIX^{e} siècle, mais qu'on a conservées faute de pouvoir effectuer une réforme. Cependant, pour chaque infraction qu'on élimine, il faut en ajouter des nouvelles qui correspondent à des crimes modernes auxquels on n'aurait même pas songé au XIX^{e} siècle. Ces crimes sont notamment le pillage de données et la manipulation des dossiers informatisés. L'ivressomètre, l'enregistrement des aveux et les amendes sur-le-champ peuvent aussi contribuer à alléger le dossier des affaires criminelles. Toutefois, en général, le travail demeure le même. La seule possibilité d'effectuer des changements vraiment radicaux sur ce plan résiderait dans le remplacement de la démarche pénale actuelle, avec toutes ses imperfections, par une formule de santé publique à l'égard des infractions touchant les drogues. En Australie, on a calculé que 70 p. 100 des affaires pénales portées devant les tribunaux supérieurs sont reliées d'une manière quelconque aux drogues illégales.

Si le dossier des affaires pénales se prête relativement mal à une diminution de la charge de travail, la recherche de solutions de rechange pour régler les conflits devra porter essentiellement sur les litiges à caractère civil. Si d'une part l'accès aux tribunaux doit être facilité pour corriger les problèmes mis en relief par le juge en chef McEachern, d'autre part, leur incapacité dans un avenir prévisible à assurer la justice aux citoyens de classe moyenne qui n'ont pas les moyens de se payer un avocat nous oblige inévitablement à chercher d'autres formules. C'est sur ce plan que les Cours provinciales et la Cour du Québec, en tant que tribunaux de première instance auxquels la plupart des citoyens s'adressent pour obtenir justice, ont une responsabilité spéciale. Ce sont dans ces tribunaux que le droit et la justice prennent une forme concrète pour la plupart des gens. Il est donc impératif de resserrer les normes et d'élargir le champ d'action. Il faut toutefois

s'abstenir d'augmenter les frais et d'éloigner les tribunaux de première instance des citoyens ordinaires dans les collectivités qu'ils servent. S'il en était autrement, les tribunaux deviendraient un outil de moins en moins utile pour régler les conflits des gens ordinaires. Lorsqu'on en vient là, les gens doivent accepter ce qu'ils perçoivent comme une injustice avec un mépris cynique ou s'adresser à des décideurs qui ne sont pas rattachés aux tribunaux et sont parfois incapables d'être équitables. Tous les observateurs sont conscients que l'amélioration de l'accès à la justice constitue un défi capital pour les tribunaux à l'aube du XXI[e] siècle. Or, à moins d'y parvenir, notre prétention, affirmée avec tant de fierté, de vivre selon les règles de la loi nous oblige à apporter des nuances. La justice n'est offerte qu'aux gens assez pauvres pour obtenir l'aide juridique ou assez riches pour se payer des avocats qui les défendront.

Ceux qui sont animés du désir de laisser ouverte la voie de la justice par les tribunaux s'efforceront de trouver de meilleurs moyens de traiter les demandes qu'en empêchant tout simplement les gens de bénéficier de la décision d'un juge. Or, c'est justement parce que les tribunaux se rendent compte qu'ils ne doivent pas servir exclusivement les plaideurs riches, puissants ou aidés financièrement qu'ils examinent constamment de nouvelles procédures destinées à améliorer leur rôle social. Un de ces moyens pourrait consister à accroître le pouvoir des officiers de justice de contrôler plus rigoureusement les affaires instruites qu'ils ne le font habituellement à l'heure actuelle. En cour d'appel, et probablement au niveau de la première instance, je crois que des limites de temps précises seront fixées à la plaidoierie. De semblables limites existent depuis longtemps à la Cour suprême des États-Unis et plus récemment à la Cour suprême du Canada.[12] On pourrait même en arriver au point où les officiers de justice disposeraient d'une période de temps déterminée pour régler une affaire. La tâche des avocats consisterait alors à simplifier les questions en litige de manière à ce que le juge puisse rendre une décision dans le temps accordé.

À ceux qui croient que la technologie réglera comme par miracle tous ces problèmes, je dirais que cette technologie posera de nombreux nouveaux dilemmes qui accapareront une partie du temps des tribunaux. J'ai déjà fait état des problèmes de droit complexes soulevés par les ordinateurs et l'acheminement des données au-delà des frontières. Or, la biotechnologie cause des difficultés encore plus grandes. Au Canada et dans d'autres pays, les juges ont eu à décider si, à l'encontre de la volonté des parents, une chirurgie curative devait être effectuée sur des nouveau-nés souffrant d'une déficience mentale ou physique. Les avocats devenus juges n'ont souvent qu'une connaissance générale des technologies sur lesquelles ils doivent se prononcer. Un

procès ordinaire ne constitue peut-être pas le meilleur moyen de donner à ces décideurs une compréhension des conséquences technologiques et sociales des décisions qu'ils doivent rendre. Par contre, en dernier ressort, la société doit se doter d'un carrefour ou des décisions peuvent être prises sur des questions difficiles, même lorsqu'il s'agit de domaines entièrement nouveaux. Dans des pays comme le Canada et l'Australie, cette tâche est finalement confiée aux tribunaux. Il est peu probable que cet élément du rôle de l'appareil judiciaire change au cours du prochain siècle. La seule prédiction qu'on peut faire sans grand risque de se tromper est que les décisions deviendront plus nombreuses, plus difficiles et plus controversées.

LA RÉORGANISATION DES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE

J'ai gardé pour la fin trois points qui suscitent une polémique. Je l'ai fait délibérément pour ranimer votre enthousiasme défaillant et pour récompenser ceux qui sont restés jusqu'à la fin. Je traiterai brièvement de quelques questions qui revêtent un grand intérêt.

Les participants à la présente conférence se préoccupent grandement du fonctionnement futur des tribunaux de première instance au Canada. La réorganisation de ces tribunaux est en marche sur la scène judiciaire canadienne depuis au moins 1934. En effet, cette année-là, les juges de la Cour de district de l'Ontario suggéraient au procureur général de fusionner leur cour et la Cour suprême.[14] Ils réitéraient leur suggestion en 1971 dans un mémoire à la Commission de réforme du droit de l'Ontario. En 1975, tous les juges de la Cour de district de l'Île-du-Prince-Édouard étaient nommés à la Cour suprême à la suite d'une réunion des deux tribunaux. En 1978 était créée la Cour du Banc de la reine de l'Alberta, résultat d'une intégration de la Cour de district et de la Division de première instance de la Cour suprême. Des fusions analogues ont eu lieu au cours des années subséquentes dans d'autres provinces. En 1987, les tribunaux d'enquête de l'Ontario, présidés par le juge Thomas Zuber, recommandaient la création d'un seul tribunal supérieur de première instance dans cette province.[15] Toutefois, une phrase "regrettable" à la page 83 du rapport n'allait pas jusqu'à recommander que les juges de la Cour de district soient automatiquement transférés à la Cour supérieure proposée. Cette dernière serait constituée de tous les juges qui étaient déjà membres de la Haute Cour auxquels s'ajouteraient de nouveaux juges à être nommés. Le juge Zuber n'allait pas plus loin que de recommander que les autorités qui procéderaient aux nominations étudient d'abord la possibilité de compléter la Cour supérieure en lui affectant des membres de la Cour de district.[16] Naturellement, cette recommandation suscitait de profondes interrogations au sujet de la position de chacun des membres actuels de la Cour de district. Surtout, elle faisait surgir des

questions capitales en ce qui a trait à la protection et au respect de l'autonomie de l'appareil judiciaire lorsqu'on réorganise le système de tribunaux.
Je suis évidemment au courant de cette controverse et des répercussions qu'elle risque d'avoir sur le rôle, la nomination, le statut, le traitement et l'automonie des magistrats de la Cour provinciale. Récemment, les juges se sont vivement inquiétés de leur propre autonomie comme l'illustre l'affaire Valente renvoyée à la Cour suprême du Canada.[17] Il ne fait aucun doute que les juges des Cours provinciales rendent la plupart des décisions à caractère pénal au Canada. La proportion peut atteindre 97 p. 100 et elle est toujours supérieure à 90 p.100. Un besoin de simplification se fait aussi sentir à l'égard des procès à caractère civil qui entraînent des délais considérables, des désistements et le recours à des solutions qui ne concernent pas les tribunaux. Toutefois, ce besoin est plus aigu dans le secteur du droit pénal. Pour cette raison, la Commission de réforme du droit du Canada a proposé que des modifications importantes soient apportées à la procédure pénale et qu'on songe à créer une cour pénale unifiée.

La proposition découlait de suggestions formulées par le professeur Friedland en 1969 visant une restructuration complète des paliers de tribunaux.[18] Sa proposition a pris de la popularité lorsque le gouvernement du Québec a adopté une loi visant à modifier la Loi sur les tribunaux judiciaires et à regrouper la Cour provinciale, la Cour des sessions de la paix et le Tribunal de la jeunesse en un seul organisme judiciaire : la Cour du Québec dont les membres sont les hôtes de la présente conférence. Les détails de cette réorganisation sont bien connus. Au moment de la fusion, on disait espérer qu'un organisme judiciaire unique contribue à uniformiser les méthodes de gestion et les pratiques administratives qui, par le passé, étaient souvent différentes d'un tribunal à l'autre, voire d'une région à l'autre sans raison précise. On manifestait également l'espoir que la nouvelle formule permette une meilleure coordination et planification des ressources humaines, matérielles et financières eu égard au fait que tous les nouveaux juges nommés à la Cour du Québec, quelle que soit la division à laquelle ils seraient nommés, pourraient avoir à rendre des décisions dans n'importe quel domaine relevant de la compétence de cette cour.[20]

Les difficultés que pose une recherche plus active du type d'unification "restreinte" que reflète la fusion des Cours supérieures ont été mises en relief par les défenseurs d'un autre projet de regroupement en un seul tribunal provincial de première instance.[21] Par ailleurs, certains affirment qu'il est possible que des dispositions constitutionnelles (terrain sur lequel je n'oserais m'aventurer) fassent obstacle à toute proposition qui empiéterait sur les compétences constitutionnelles d'une cour

supérieure. Toutefois, les partisans de la réforme, à l'instar des réformateurs du droit partout sur la planète, sont assez courageux, ou téméraires, pour s'entêter. Ils demandent que soit aboli le système de tribunaux à paliers multiples, du moins pour les procès à caractère pénal, afin de simplifier la procédure qui atteint parfois un degré de complexité "bizantin", de justifier le recours aux tribunaux, de raccourcir les délais qu'entraîne le dédale de structures, et de faciliter l'établissement de calendriers de procès ainsi qu'une affectation efficace du temps précieux et coûteux des juges.

Le problème du changement est exacerbé par des questions délicates comme le traitement, la désignation, le statut et les perceptions à l'égard du degré d'autonomie dont bénéficient les juges nommés en vertu de l'article 96 de la Constitution canadienne ou par les provinces. J'ai bien ri lorsque j'ai lu un texte révélant qu'une source d'angoisse profonde à certains niveaux est liée aux fait que les juges des Cours provinciales et de comtés ont droit, en anglais, au titre "Your Honour" tandis que les juges de la Cour suprême se font appeler "my Lord" ou "my Lady".[22] En Australie et en Nouvelle-Zélande, tout comme aux États-Unis, les juges des cours supérieures doivent tous se contenter de "Your Honour". Aucun autre titre ne vient perturber notre société plus égalitaire. Peut-être devriez-vous songer à aller dans cette direction. L'idée de donner des titres de "Lords" et "Ladies" à l'aube de XXI^{e} siècle dans le nouveau monde semble quelque peu anachronique à un observateur étranger.

Il va de soi qu'il y a au Canada et en Australie des opposants au principe d'une cour pénale unifiée. Si je vous énunérais les raisons de cette opposition dans mon propre pays, je suis certain que les arguments vous seraient familiers. Chaque fois que la question est abordée chez-nous, les opposants affirment (même s'il est difficile et pénible de l'avouer) qu'il existe parmi les juges, comme dans n'importe quel autre secteur spécialisé, des degrés de talent différents. Il est vrai que la distribution du personnel aux différents niveaux hiérarchiques établis par les tribunaux ne traduit pas toujours fidèlement ce phénomène. Parfois, un candidat médiocre est nommé à un niveau supérieur. Par contre, on retrouve souvent au plus bas niveau des candidats brillants qui feraient la fierté de la cour d'appel. On ne peut contester l'affirmation que tous les juges n'ont pas le même talent. Certains juges de la cour d'appel qui sont excellents pour interpréter la loi peuvent être beaucoup moins habiles à présider un procès. D'autres qui font preuve de compétence dans un court procès peuvent n'avoir ni l'expérience ni la capacité intellectuelle requises pour diriger un long procès ou un procès dans lequel surgissent de nombreux points ambigus ou techniques. Un juge canadien que je connais m'a résumé cette idée dans une lettre. Il affirmait que le principe du tribunal unique de première instance comportait une égalité d'inspiration socialiste

qui n'a jamais marché dans le secteur économique. Il disait douter fort de sa réussite dans le secteur judiciaire.[23] Dans la même optique, un juge déclarait qu'il est contraire à la logique et à la réalité de prétendre que tous les juges ont des capacités égales.[24] D'aucuns prétendent que si un tribunal unique était imposé, il s'établirait une hiérarchie non formelle qui ferait en sorte que certains membres se verraient confier les responsabilités et les tâches les plus lourdes sans obtenir une rétribution ou une reconnaissance correspondant à leur mérite.

Je ne prendrai pas le risque de me poser en arbitre des écoles de pensée. En Australie, nous sommes encore loin d'avoir atteint le stade où en sont déjà rendues les choses au Canada. Dans la plupart des administrations d'Australie, on retrouve trois catégories d'officiers de justice, soit les magistrats les juges de la Cour de district et les juges de la Cour suprême Il existe une Cour d'appel permanente et distincte dans un seul état, le mien. Les autres ont conservé diverses formes de cour itinérante avec rotation. Il y a également une cour fédérale comme au Canada. L'Australie possède en outre un tribunal de la famille distinct. Le système débouche sur la Haute Cour d'Australie qui n'entend que les appels qu'elle choisit. Aucun geste concret n'a été pris pour créer un seul tribunal de première instance, mais les hommes politiques présentent de temps à autre des propositions qui vont dans le sens d'une combinaison des divisions de première instance de la Cour suprême et de la Cour de district ou parfois de la Cour suprême, de la Cour de district et du tribunal local. La Nouvelle-Zélande a procédé à une nouvelle réforme il y a 15 ans à la suite des travaux effectués par une commission royale d'enquête. Elle a alors aboli la Cour des magistrats et en a nommé les membres à la Cour de district en leur donnant le rang et le titre de juge. Pour ces raisons, vous comprendrez que nombreux sont les juges qui s'intéressent aux réformes auxquelles vous procédez au Canada. Il n'existe pas chez-nous de distinctions entre les juges nommés par le gouvernement fédéral et les États, mais un grand nombre de questions soulevées au cours de vos discussions nous concernent également.

Il faudra certainement faire preuve d'une plus grande efficacité en matière d'utilisation du temps des juges. Toutefois, à l'instar de n'importe quelle autre profession, l'aptitude et l'expérience des officiers de justice ne sont pas uniformes. La manière dont nous nous y prendrons pour concilier les deux propositions constitue l'objet de la réorganisation des tribunaux. Or, même si vous me mettiez au supplice vous n'obtiendriez de moi rien de plus sur cette question.

ÉVITER DE FAIRE CONFIANCE AUX AUTORITÉS SUPÉRIEURES

En Australie, les controverses suscitées par la réorganisation des tribunaux a pris une orientation différente. Elles peuvent avoir une certaine pertinence pour ce qui se passe au Canada. Vous devriez y réfléchir et prendre garde de répéter nos erreurs. Traditionnellement, en Australie et au Canada, lorsqu'une cour ou un tribunal à vocation analogue est restructuré, on prend bien soin de nommer tous les membres de l'ancien tribunal au nouveau. On ne le fait pas par respect du talent des titulaires. Il va de soi que ceux-ci ont des forces et des faiblesses qui leur sont propres. On le fait plutôt par souçi de l'autonomie de l'appareil judiciaire, en partant du principe que l'expédient consistant à réorganiser un tribunal ne doit pas servir à renvoyer un juge ou un autre titulaire autonome une fois que celui-ci a été nommé. Il est malheureux que ce soit exactement ce qui s'est produit dans deux cas en Australie au cours des dernières années.

Le premier concernait le juge James Staples de l'Australian Conciliation and Arbitration Commission. Pour des raisons constitutionnelles, cet organisme n'est pas à proprement parler un tribunal fédéral. Toutefois, une loi du Parlement fédéral a fait en sorte que ses membres qui possèdent les compétences juridiques requises, obtiennent le même titre, le même rang, la même désignation et le même traitement que les juges de la Cour fédérale. Ils ont en outre été désignés par une commission analogue. Toutefois, la loi du Parlement en vertu de laquelle ces nominations furent effectuées prévoyait qu'ils ne pourraient être renvoyés qu'en suivant les modalités prévues pour un juge fédéral. Il faut donc qu'une adresse des deux chambres du Parlement fédéral soit présentée au gouverneur général lui demandant de congédier le juge en question pour des motifs d'inconduite ou d'incapacité prouvée

Le juge Staples était en quelque sorte un non-conformiste. Les présidents successifs de la commission de laquelle il était membre ont réduit puis éliminé complètement sa participation aux séances de l'organisme. Le gouvernement a profité de la restructuration de ce dernier et de la création de l'Industrial Relations Commission d'Australie pour nommer tous les membres de l'ancien tribunal au nouvel organisme, à l'exception du juge Staples. Celui-ci a tardé à présenter sa plainte qui n'en était pas moins énergique. Il s'agit d'un précédent déplorable.[25]

Ce qui s'est passé au moment de la réorganisation de la magistrature de la Nouvelle-Galles du Sud l'est tout autant. L'objectif était cependant louable. Il consistait en effet à abolir les "Courts of Petty Sessions" et à faire des Cours des magistrats des tribunaux locaux indépendants. L'ancienne cour comptait plus de cent magistrats et seulement cinq d'entre eux ne furent pas nommés à la nouvelle cour. Ceux-ci n'avaient pas été mis au courant des allégations d'inaptitude communiquées en privé

à leur sujet au procureur général lorsqu'il fut recommandé qu'on s'abstienne de les nommer au nouveau tribunal. La Cour d'appel de la Nouvelle-Galles du Sud a annulé la décision du procureur général de refuser de recommander les juges en question. Elle affirmait que la décision n'était pas valable parce que la méthode était injuste.[26] Elle précisait en outre que les magistrats ne bénéficiaient pas automatiquement d'un droit de nomination à un nouveau tribunal, mais qu'on devait leur donner un avis les assurant que leur cas serait étudié soigneusement et qu'ils seraient traités équitablement, à l'abri d'allégations d'inaptitude formulées dans leur dos. La Haute Cour d'Australie a refusé d'accorder une autorisation spéciale d'en appeler de cette décision.

Malheureusement, les choses ne sont pas arrêtées là. Le procureur général de l'État a ensuite essayé d'obliger chacun des cinq juges concernés à présenter une nouvelle demande. Il a déclaré que leur candidature serait prise en considération au même titre que les nouvelles demandes et que, par conséquent, il leur faudrait soutenir la concurrence de ces dernières. En ce qui a trait au seul ancien magistrat qui a fait suspendre le déroulement du processus, la Cour d'appel a statué qu'aucune nouvelle demande n'était requise. Elle en venait à la conclusion qu'en vertu de la loi sa demande initiale devait toujours être prise en considération par le procureur général. La décision de la Cour d'appel était la suivante :

> (Traduction) "Il est évident que le procureur général a choisi une mauvaise voie. L'importance pour l'intérêt public que les juges ne puissent se voir retirer leur fonction au moment de la réorganisation d'un tribunal n'a apparemment pas été prise en considération... (Rien) ne justifiait que M. Quin et ses homologues soient traités simplement comme de nouveaux candidats et qu'ils aient à soutenir la concurrence d'autres nouveaux candidats alors que les principaux fondements de la décision antérieure étaient leur situation privilégiée de laquelle découlaient leurs droits spéciaux."[27]

La Haute Cour d'Australie a récemment renversé cette décision par une mince majorité.[28] Celle-ci soutenait que les tribunaux n'avaient pas à se mêler de dire au pouvoir exécutif gouvernemental comment considérer les avis admis sans preuve donnés à la Couronne au sujet des officiers de justice à nommer. Les espoirs légitimes que peuvent entretenir les anciens juges en raison du poste qu'ils occupaient antérieurement ne peuvent, selon la majorité, constituer une entrave au pouvoir absolu de la Couronne de choisir qui bon lui semble.

Au Canada, vous respectez des principes analogues en vertu desquels la Couronne désigne les titulaires des fonctions de juge (que la recommandation en ce sens émane du gouvernement fédéral ou des provinces). Vous pourriez donc tirer des leçons des incidents de parcours malheureux que je viens de décrire. Le tollé suscité par les propositions du juge Zuber au sujet des juges en poste révèle le caractère extrêmement délicat, et justifié à mon avis, de cette question au Canada. Les juges canadiens doivent être sensibilisés au danger que comporte la réorganisation des tribunaux. Le pouvoir judiciaire doit constamment éviter de s'en remettre au pouvoir exécutif.

LE DÉFI DE LA CHARTE

Je ne m'attarderai pas longtemps sur les répercussions énormes qu'aura la Charte sur l'activité future de l'appareil judiciaire au Canada. Je puis faire confiance pour cela à mon distingué collègue Walter Tarnopolsky. Sur ce plan, l'Australie refuse obstinément toute réforme. Il est faux de prétendre que la Constitution australienne n'offre aucune garantie constitutionnelle explicite ou implicite.[29] Contrairement à toute attente, dans un certain nombre de décisions fondamentales notre plus haut tribunal a constaté que le libellé quelque peu stérile de notre constitution fédérale énonce des principes utiles à la défense des droits et des libertés. L'exemple le plus frappant a surgi en 1951 lorsque la loi fédérale visant à interdire le Parti communiste a été jugée inconstitutionnelle au moment même où la guerre de Corée battait son plein. Plus récemment, une disposition peu connue de la constitution est devenue un instrument servant à contourner les restrictions imposées par les tribunaux du Queensland aux avocats des autres États qui réclament le droit de plaider dans les tribunaux de cet État.[31] Nombreuses sont les décisions dans lesquelles la Haute Cour et d'autres tribunaux d'Australie ont confirmé la validité des principes fondamentaux de la common law après avoir constaté que le libellé général des dispositions de la loi ne traduisait pas suffisamment l'intention d'abroger ou de mettre en échec des droits fondamentaux.[32]

Il n'en demeure pas moins que l'Australie ne bénéficie pas de l'appui d'une charte. Je suis toutefois conscient de la controverse que suscite au Canada, même après que l'adoption de la charte, le débat visant à déterminer s'il est souhaitable d'accorder un mandat de légiférer d'une telle portée à un groupe aussi restreint de fonctionnaires non élus qui n'ont de comptes à rendre à personne.[33] Un fait est incontestable, vous avez maintenant une charte. Ce n'est pas un reproche que de dire aux officiers de justice qu'ils doivent apprendre à vivre avec cette charte. Il leur faut en outre veiller à ce que se concrétisent les obligations et les possibilités qu'elle comporte. Elle exige des juges, à tous les niveaux au Canada, qu'ils fassent preuve de

prévoyance et d'ingéniosité, qu'ils participent à la construction de l'édifice social et qu'ils manifestent une sensibilité susceptible de leur permettre de jouer un rôle qui débordera les tâches traditionnellement dévolues à leurs homologues qui se trouvent aux antipodes. Il existe aujourd'hui des obligations et des possibilités inconnues il y a un siècle. Reste à voir où elles mèneront votre appareil judiciaire au cours du prochain siècle.

Il sera fascinant pour des étrangers de suivre l'évolution de cette expérience. Il semble peu probable que l'Australie suive le même cheminement au cours de ma vie. En 1988, une proposition destinée à incorporer dans la constitution quelques droits fondamentaux qui semblaient ne prêter à aucune controverse a été rejetée à un référendum. Ces propositions n'ont été acceptées dans aucun État et territoire. Elles n'ont pu recueillir que 30 p.100 des votes à l'échelle nationale. Sur le plan constitutionnel, l'Australie demeure un continent figé. Il est évident que les Australiens souhaitent que ce soit le Parlement et non l'appareil judiciaire qui légifère. Quel que soit la quantité de documents à caractère judiciaire ou universitaire traitant de la portée actuelle du pouvoir de légiférer de l'appareil judiciaire à l'intérieur de la common law, on ne pourra convaincre une population enfermée dans son scepticisme.[34]

UN PAYS FAVORISÉ PAR LA PROVIDENCE

On ne peut mettre de côté la question fondamentale de l'avenir du Canada même. Le visiteur étranger se doit de parler avec beaucoup de circonspection des questions que craignent d'aborder les magistrats de votre pays qui sont capables du plus grand tact. Qu'est-ce que je pourrais dire d'utile sur un sujet aussi délicat?

Dans un certain sens, nous nous sommes tous dotés de commissions de la Couronne. Quel que soit l'ordre de gouvernement qui nous nomme, nous faisons tous partie de l'appareil constitutionnel de nos pays respectifs. Par le passé, on a eu tendance à exagérer les ressemblances entre l'Australie et le Canada. Il est vrai que les deux pays ont connu une période de colonisation britannique comparable. Ils ont également en commun un système politique fédéral, bénéficient de conditions économiques favorables par rapport au reste du monde, possèdent un vaste territoire peu peuplé et offrent un système juridique largement inspiré de la common law d'Angleterre. Toutefois, d'après les observateurs récents, nos deux fédérations ont pris des voies de plus en plus divergentes. Essentiellement, ce phénomène s'explique par la persistance au Canada d'un régionalisme qui est absent en Australie. Avec justesse, mon pays a été décrit comme ayant une homogénéité linguistique, sociale et culturelle qu'on ne retrouve dans aucun autre territoire d'une immensité

comparable sur terre. Or, ce sont les particularités linguistiques et culturelles de la région du Canada dans laquelle nous nous trouvons qui ont donné à votre Confédération son caractère propre et unique.[36]

La question qui nous vient inévitablement à l'esprit lorsqu'on parle de la forme qu'auront les tribunaux provinciaux du Canada dans un siècle est la suivante : De quoi le Canada aura-t-il l'air à ce moment-là? À peu près à chaque décennie, une crise surgit dans votre pays. Les observateurs étrangers la voit se manifester puis se résorber. On se tromperait toutefois si l'on affirmait que de telles crises n'existent qu'au Canada. Il s'agit de réfléchir un instant aux révolutions survenues l'an dernier et qui se poursuivent encore en Europe de l'Est, en Union Soviétique et jusqu'en Asie pour voir à quel point la langue et la culture restent des facteurs d'identification de groupe. Je ne doute aucunement qu'au cours des prochaines décennies, les droits des groupes et des peuples ne complètent de plus en plus le phénomène des droits individuels qui a occupé la place centrale des théories internationales au cours des cinquante dernières années.[37]

Le Canada et l'Australie ont en commun une politique officielle de multiculturalisme. Vous avez été les premiers à aller dans cette direction, mais nous vous avons suivi de près. Vous y êtes arrivés les premiers parce que cette question vous préoccupait depuis plus longtemps en raison de la place particulière du Québec dans la fédération. Comme Pierre Trudeau l'a expliqué c'est de l'existence de deux collectivités dominantes qu'a surgi l'idée du multiculturalisme :

> (Traduction) "Les jeux sont fait au Canada : Il y a deux groupes ethniques et linguistiques ;chacun est trop fort, trop bien enraciné dans le passé et trop bien appuyé sur une culture mère pour pouvoir écraser l'autre. J'ai toujours cru que si les deux collaborent au sein d'un État vraiment pluraliste, le Canada peut devenir un lieu privilégié où sera perfectionnée la forme fédéraliste de gouvernement, qui est celle du monde de demain. Mieux que le melting-pot américain, le Canada aurait une forme de fédéralisme qui pourrait faire l'envie d'autres pays et devenir un modèle de civilisation multi-ethnique. Plutôt que de produire un nouvel alliage, le modèle américain assurerait la protection des caractéristiques de chaque groupe à l'intérieur d'une mosaïque de cultures coexistantes."[38]

On ne peut trouver une meilleure définition du principe de la coexistence culturelle qui est maintenant accepté dans les divers secteurs de la société australienne. Nous ne prétendons plus que tous doivent marcher au même pas parce que cette théorie

s'inspire fondamentalement des idéaux fascistes d'uniformité, de cohérence et de conformité. En revanche, la diversité est garante de la liberté. Son acceptation dans une fédération multiraciale et multiculturelle servira de modèle au monde du XXI^{e} siècle. Depuis la catastrophe d'Hiroshima, il est impératif que l'humanité recherche ce modèle si elle veut survivre et s'épanouir sur notre planète bleue. Si le modèle échoue au Canada, la seule solution de rechange sera le morcellement.

Il serait jusqu'à un certain point regrettable qu'éclate la fédération de l'Union des républiques socialistes soviétiques et que les nombreuses petites républiques reviennent à des batailles, des sentiments, des haines ainsi que des préjugés égoïstes et qu'elles reprennent les luttes à leurs frontières. Je dirais toutefois qu'il serait plus regrettable que la génération actuelle des citoyens et de politiciens canadiens soient incapables d'empêcher l'effritement du noble pays qu'est le Canada. Vous me pardonnerez d'aborder une question aussi délicate. Toutefois, toute conférence qui se déroule dans ce pays à ce moment-ci et qui négligerait de considérer cet aspect de l'avenir ne mériterait pas d'être prise au sérieux sur le plan intellectuel.

Ce sont les avocats qui créent les fédérations et formulent le libellé des constitutions fédérales. Ce sont les avocats et plus précisément les juges qui doivent prendre soin de protéger les équilibres et les droits fondamentaux de tous les peuples et surtout des minorités. Le fédéralisme est un produit du droit. Ce régime gouvernemental est particulièrement bien adapté au XXI^{e} siècle au cours duquel de nombreuses pressions s'exerceront dans le sens de la centralisation, de l'uniformité et du contrôle. Il s'agit en quelque sorte d'une inefficacité planifiée de la société et du gouvernement qui protège cependant la liberté et les droits de la personne et des peuples. C'est d'ailleurs ce qui la rend attrayante.

En notre qualité de juges et de fonctionnaires non élus, nous ne pouvons trouver les solutions aux controverses politiques les plus importantes de notre époque. Toutefois, en donnant le bon exemple, en travaillant ensemble, en cherchant à nous comprendre et en nous inspirant de plusieurs traditions juridiques et culturelles, nous pouvons grandement contribuer à l'évolution de nos sociétés. Le bon exemple peut donner confiance en l'avenir. Or, c'est exactement à cause de cette possibilité que j'ai parcouru la moitié de la surface de la planète pour me rendre dans cette ville et à ce moment précis pour travailler avec des homologues à la mise en valeur de la justice et du droit. L'espoir que j'entretiens avec le plus de ferveur est que dans un siècle, les juges et les avocats canadiens qui se réuniront à Québec discutent de l'adaptation des anciens régimes de droit à une technologie qu'on ne peut encore imaginer. J'espère aussi

qu'ils discuteront, comme nous le ferons, des règles de droit protégées par des juges autonomes qui feront preuve d'intégrité et de zèle et seront dotés d'un vaste bagage de connaissances dans un pays favorisé par la providence. De nombreuses choses changent, mais certaines doivent rester telles quelles.

BIBLIOGRAPHIE

* Président de la Cour d'appel, Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud en Australie, commissaire de la Commission internationale de juristes.

1. R Cornall, "Towards 2000" (1990) 64 Law Inst J (Vic) 25.

2. Ibid, 26.

3. Ibid, 26.

4. Id, 27.

5. [1983] Refo 103.

6. Australian adcasting mmission, "The Law Report", le 16 août 1983 (Dunn, Law st (Vic)). Voir l'analyse dans M D Kirby, The dges, Boyer Lectures 1983, ABC, Sydney, 72.

7. Australia, National Commission on Compensation and Rehabilitation, Report, 1975 (Woodhouse Report).

8. Family Law Amemdment Act 1983 (Cth).

9. A Lincoln cité dans le rapport du Justice Reform Committee de Colombie-Britannique, Access to Justice, 1988, 180.

10. A McEachern, Speech to the Canada/United States Legal Exchange, Ottawa, le 1er septembre 1987, polycopie, ibid, 180.

11. Voir eg R v Gold [1988] AC 1063 (HL); Stewart v The Queen (1988) 41 CCC (3d) 481 (SCC). Pour d'autres causes canadiennes, voir l'analyse de G Hughes, (ed) Essays on Computer Law, Longmans, Melbourne, 1990, 648ff.

12. A Patterson, The Law Lords, MacMillan, Londres, 1982, 35.

13. The Superintendent of Family and Child Service v Dawson et al) 145 DLR (3d) 610. (BCSC)

14. P H Russell, The Judiciary in Canada: the Third Branch of Government, Toronto, McGraw-Hill, Ryerson, 1987, 268.

15. Ontario, Report of the Ontario Courts Inquiry, 1987 (Zuber Report). Voir également la Commission de réforme du droit de l'Ontario, Report on the Administration of the Ontario Courts, 1973.

16. Zuber Report, 110. Voir l'analyse dans C Baar, "The Zuber Report: The Decline and Fall of Court Reform in Ontario" (1989) Windsor Year Book of Access to Justice,

17. Valente v The Queen (1985) 24 DLR (4th) 161 (SCC). Voir l'analyse de la Commission de réforme du droit du Manitoba, The Independence of Provincial Judges (Report 72), 1989, 3. Voir également "The Independence of the Provincial Court Judiciary in Ontario - a Frontline View", article non attribué (1990) 14 Provincial Judges' Journal (Canada) 6.

18. Citation de S A Cohen, "The Law Reform Commission's Position on a Unified Criminal Court" (1989) 13 Provincial Judges' Journal (Canada) 7, 9.

19. (1988) 14 Cth L Bulletin 295.

20. Ibid, 296.

21. Cohen, 9.

22. Ibid, 10.

23. Lettre à l'auteur, source non identifiée, le 11 avril 1990, 2.

24. Lettre à l'auteur, source non identifiée, le 6 avril 1990.

25. L'histoire est racontée dans M D Kirby, "The Removal of Justice Staples and the Silent Forces of Industrial Relations" (1989) 31 J Indl Rels (Aust) 334. Voir également J Kitay and P McCarthy, "Justice Staples and the Politics of Australian Industrial Arbitration" (1989) 31 J Ind Rels (Aust) 310.

26. Macrae & Ors v Attorney General for New South Wales (1989) 9 NSWLR) 268 (NSWCA).

27. Quin v Attorney General for New South Wales (1988) 28 IR 244 (NSWCA).

28. Attorney General (New South Wales) v Quin (1990) 64 ALJR 327 (HCA).

29. Deane J in Street v Queensland Bar Association (1989) 63 ALJR 715, 737 (HCA).

30. The Australian Communist Party & Ors v the Commonwealth & Ors (1951) 83 CLR 1. L'histoire est racontée dans M d Kirby, "H V Evatt, the Anti-Communist Referendum and Liberty in Australia" article qui sera publié dans Australian Bar Review, 1990.

31. Voir Street v Queensland Bar Association, ci-dessus.

32. Un bon exemple récent se trouve dans Baylog v Independent Commission against Corruption (1990) 64 ALJR 400 (HCA).

33. Voir également A E Hutchinson and A Petter, "Private Rights / Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter" (1988) 28 Uni Toronto LJ 278; A Petter, "Legitimizing Sexual Inequality: Three Early Charter Cases" (1989) 34 McGill LJ 358.

34. Voir B Horrigan, "Taking the High Court's Jurisprudence Seriously" (1990) 20 Queensland Law Soc J, 143.

35. Voir Howard, Australian Federal Constitutional Law, 3e éd, Law Book Co, Melbourne, 1985, 96.

36. Voir l'analyse dans R Cullen, "Canada and Australia: A Federal Parting of the Ways" (1989) 18 Fed L Rev (Aust) 53, 54 ff.

37. Voir J Crawford (ed) the Rights of Peoples, Clarendon Press, Oxford, 1988. Voir également "UNESCO Experts" Meeting on the Rights of Peoples, Paris, novembre 1989 (1990) 64 ALJ 293.

38. P Trudeau, La recherche d'une société juste, Le Jour, (Coéditeur: T Axworthy). Voir également J Godfrey, "What Canada Will Be Like in Twenty-five Years", The Financial Post, le 26 février 1990, 14.

Document: 860-265/007

Secretariat Translation

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION
OF PROVINCIAL COURT JUDGES

Euthanasia: Must we debate the validity of the debate?

Hubert Doucet

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

PLEASE NOTE

This document is made available by the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat (CICS) for education and/or information purposes only. Any misuse of its contents is prohibited, nor can it be sold or otherwise used for commercial purposes only. Reproduction of its contents for purposes other than education and/or information requires the prior authorization of the CICS.

Intergovernmental Document Centre
P.O. Box 488, Station A
Ottawa, Ontario K1N 8V5

Euthanasia: Must we debate the validity of the debate?
Hubert Doucet

The title of my presentation this morning is: "Must we debate the validity of the debate?" It seems that there is already a debate on euthanasia within our western societies, but I am not sure that we will get the most out of these public discussions without some clarifications. Once these have been made, we can then properly tackle the substantive issue.

On the one hand, there is a debate on euthanasia. Public opinion polls, letters to editors in newspapers, open-line radio shows, conventions of professional associations and so on all show that the public has been made aware of the issue and that people have an interest in it. Not only is there a debate, but the content of the debate is also instructive. Almost the same type of argumentation is involved as in the abortion debate. Those who are "pro-life" base their position on respect for life and its sanctity. Those who are "pro-choice" state that it is up to patients to decide when their lives are no longer worth living.

I will even go a little further. Today, it seems that euthanasia has become a symbol. For those who are "pro-choice", it means the ultimate confirmation of responsibility and human dignity. Humans do not have to admit defeat when faced with the inevitable; in a final human gesture, they can still exercise their freedom, that is, choose the time to die. For those who are "pro-life", the word masks the human desire to be the absolute master, that is, to decide everything for oneself. Individuals would be faced with the ultimate temptation of playing God, because with

euthanasia, people become masters of life and death.

The presence in our western societies of such divergent interpretations of a single act is evidence of an intellectual and social malaise that may grow as each point of view strives to gain the upper hand. The two sides in the euthanasia debate could eventually end up on different wavelengths which would only serve to aggravate positions that are often inconsistent.

In my first comment, I attempted to set out the facts of the debate itself and the fundamental issues at stake.

My second comment will concern the clarifications required for a firm grasp of the fundamental issues involved. The first clarification will be one of terminology.

In current discussions, debaters sometimes mention that some acts quite similar to euthanasia have been performed for thousands of years. For example the Japanese and Eskimos had the custom of ending the lives of elderly people for the good of the group. In Sparta, euthanasia took the form of infanticide; there, babies too weak to serve the community were abandoned. In all cases, the decision was based on concern for the group.

This concept does not correspond to what has become our usual definition of euthanasia. Dictionaries define it as ending someone's life for his own good, once his suffering has become too much to bear.

Three conclusions can already be drawn from these basic concepts*. First the etymological

* French reads "nations" - TR

meaning of the term was not kept. If the original Greek word meaning "good death" or "easy death" had been kept, there would be no debate on euthanasia. Who would not want to die that way? Second, for supporters, euthanasia has nothing at all to do with cutting short the lives of senile elderly persons or severely handicapped newborns because of our limited economic and social resources. Euthanasia today is motivated not by social considerations but by individual well-being. Third, the word euthanasia has an active meaning in our language: to shorten life. Webster's Third New International Dictionary sums up this position perfectly: "the act or practice of painlessly putting to death persons suffering from incurable conditions or diseases."

If euthanasia has an active meaning today, why then do we talk about passive euthanasia? Attempts to resolve certain difficult problems facing doctors gave rise to this notion. Fortunately, the technical means that are at the disposal of medical practitioners save lives, but they also prolong the lives of patients who have nothing more than the appearance of being alive. Why not let death take its course? The expression attempts to cover those cases where medical responsibility no longer involves fighting to preserve a life and medicine is to no avail; the solution is to let death occur, without inducing it.

Today, the concept of passive euthanasia is criticized from every quarter. Among other things, people say that if euthanasia means to induce death, adding the qualifier "passive" to show that death is not hastened creates confusion, with one word denying what the other

affirms. In many quarters, the expression "passive euthanasia" is falling out of favour.

What can we replace it with? The Law Reform Commission justifiably suggested the expression "cessation of treatment." From a legal standpoint, the choice is quite understandable, but ethically and medically, it is not perfect. The expression "cessation of treatment" could lead one to believe that the failure of a curative treatment signals the end of medical involvement. On an ethical level, I think that the expression "terminal care" is more applicable to the work of medicine when the patient can no longer be cured. The purpose of this care is to enable patients to live out their days with as much dignity as possible. Palliative care is an example of terminal care.

I felt that this clarification of terminology, long as it was for such a panel, was necessary. I can now proceed with the clarifications required for dealing with the meaning and the practice of euthanasia.

We must first recognize that euthanasia is an issue that is dealt with more and more as part of the organization of health care. We raise the subject of euthanasia to see how medical services can best satisfy the interests of patients for whom there is little hope of improvement. At this particular point, two ethical questions arise. First, what terminal care should be offered to a dying or incurably ill person? The second question stems from the first: with terminal care, is hastening or inducing the death of an incurable patient who makes such a request part of a doctor's

work? In other words, should euthanasia be considered one means at the doctor's disposal?

I am not sure that as a society, we always know how to properly answer the first question, because, in spite of tremendous progress in the care of incurable patients, many of them say that their suffering is not controlled, they do not participate in decisions concerning them and they feel abandoned. Two types of answer are suggested for the second question today. According to one position, if we take the patients' autonomy and enlightened consent seriously, we agree to hasten their death in the terminal phase when they make this request lucidly. The other side retorts that such a practice would go against the most fundamental philosophy of medicine: to respect life and improve living. However, at times a neutral observer is fully justified in wondering whether some supporters of this second position do not, in the name of respect for life, insist on prolonging the life of a patient who is asking to have it ended quickly. Despite their contradiction, these two positions convey a deep respect for life.

What the current debate on euthanasia does not sufficiently clarify is the entire social, medical and hospital context of dying. No one can deny that, in spite of the development of palliative care, the establishment of multidisciplinary teams and the recognition of the patient's autonomy, many incurable patients leave no doubt that they suffer, know nothing of their condition and feel abandoned. There is a contradiction here. Although medicine serves the quality of life and can control pain and thus alleviate

suffering, patients want their death hastened because the pain is too great and their suffering exhausts them.

To eliminate the contradiction, we seek shortcuts. A simple procedure would suffice: a lethal injection. As a medical practice, euthanasia therefore becomes a purely technical response to a fundamental problem - the purpose of medicine in treating the incurably ill. Palliative care would not exist today if its creators had thought in terms of euthanasia. They tried to go beyond the medical concerns of the 1960s in order to relate to the reality of the whole person. If they had had euthanasia at their disposal, they would not have tried to create a new type of medicine in an age of biomedical technology. In this sense, ending the lives of patients is only a biased and partial answer to a fundamental problem, that of prolonging the lives of the incurably ill.

Another fundamental point that will have to be clarified and which debates rarely touch on is the type of social contract involved in hastening death for compassionate reasons. Would we not be involved in creating a new type of social contract that would go against all of human history? Up until now, hastening someone's death has been socially approved only to protect the group, not the best interests of the person who is put to death. Traditionally, no one was authorized to end another's life because euthanasia would involve giving too much power to another person. One of the foundations of social life is at issue.

Conclusion

I have raised some issues with you this morning to help advance the debate on euthanasia. I think that this debate is important. It can teach us a great deal about the meaning and the limitations of medicine, as well as the meaning of our obligations to one another. Above all, it could be an opportunity to become aware of the fact that we are vulnerable beings who, particularly when we die, need the knowledge, wisdom and love of the entire community.

The duty of the ethician is not so much to say "this is good, that is bad" as to help raise awareness of the issues involved in euthanasia. I hope that I have succeeded. Thank you.

Document: 860-265/007

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION CANADIENNE
DES JUGES DES COURS PROVINCIALES

Euthanasie: Faut-il faire un débat sur la justesse du débat?

Hubert Doucet

QUÉBEC (Québec)
Du 12 au 15 septembre 1990

VEUILLEZ NOTER

Ce document est distribué par le Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes (SCIC) à des fins éducatives et informatives seulement. Il est interdit de l'utiliser à mauvais escient, de le vendre ou de s'en servir à des fins commerciales. Il est également interdit d'en reproduire le contenu pour des fins autres que l'éducation ou l'information, à moins d'avoir obtenu au préalable l'autorisation du SCIC.

Centre de documentation intergouvernementale (CDI)
C.P. 488, succursale "A"
Ottawa (Ontario) K1N 8V5

Euthanasie: faut-il faire un débat sur la justesse du débat?

Hubert Doucet

J'ai intitulé ma présentation de ce matin faut-il faire un débat sur la justesse du débat? En effet, il me semble, d'une part, que dans nos sociétés occidentales un débat sur l'euthanasie a déjà cours. D'autre part, je ne suis pas assuré que nous tirerons le meilleur parti de ces discussions publiques s'il n'y a pas un certain nombre de clarifications qui sont apportées. C'est à cette condition que nous pourrons aborder correctement le fond de la question.

D'une part, il y a un débat sur l'euthanasie. Les sondages, les lettres à l'éditeur dans les journaux, les lignes ouvertes à la radio, les congrès des associations professionnelles et j'en passe, tout cela montre que l'opinion publique a été saisie de la question et qu'elle y est intéressée. Non seulement y a-t-il débat mais de plus le contenu du débat est instructif. On y retrouve à peu près le même type d'argumentation que dans le débat sur l'avortement. Il y a les "pro-vie" fondant leur position sur le respect de la vie et son caractère sacré. Il y a les "pro-choix" affirmant que c'est à la personne malade de décider quand sa qualité de vie a atteint son terme.

J'irai même un peu plus loin. Il me semble que l'euthanasie prend aujourd'hui valeur de symbole. Pour les uns, les "pro-choix", elle signifie l'affirmation ultime de la responsabilité et de la dignité humaine. L'être humain n'a pas à s'avouer défait devant l'inéluctable; il peut encore, dans un dernier geste d'humanité, exercer sa liberté, c'est-à-dire choisir le moment de sa mort. Pour les autres, les "pro-vie", le mot cache le désir humain d'être maîtrise absolue, c'est-à-dire de tout décider par soi. Ce serait l'ultime tentation de l'individu de se proclamer Dieu puisque, dans

l'euthanasie, l'individu se fait maître de la vie et de la mort.

La présence, dans nos sociétés occidentales, d'interprétations aussi divergentes d'un même geste manifeste un malaise intellectuel et social qui risque de croître à mesure que chaque point de vue prétendra s'imposer comme unique. Le débat sur l'euthanasie risque donc de s'empêtrer dans un dialogue de sourds qui ne fera qu'exacerber des positions souvent mal intégrées.

Voilà ma première remarque qui essayait de faire saisir le fait du débat lui-même et des enjeux fondamentaux en jeu.

Ma seconde remarque portera sur les nécessaires clarifications en vue de bien cerner les questions fondamentales en cause. La première clarification en sera une de vocabulaire.

Dans les discussions actuelles, des débatteurs font parfois remarquer que certains gestes facilement assimilables à l'euthanasie ont eu cours pendant des millénaires. Que l'on pense ici aux Japonais ou aux Eskimos qui avaient coutume de mettre fin à la vie d'une personne âgée pour le bien du groupe. A Sparte, l'euthanasie prenait figure d'infanticide; on y exposait les enfants trop faibles pour servir la cité. Dans tous ces cas, le souci du groupe était le fondement de la décision.

Cette vision ne correspond pas à ce qu'est devenue notre définition usuelle de l'euthanasie. En effet, dans les dictionnaires, la définition retenue est la suivante: "il est mis fin aux jours d'une personne pour son propre bien, ses souffrances lui créant un poids trop lourd".

De ces premières nations, trois conclusions peuvent déjà apparaître. Premièrement, le sens

étymologique du terme n'a pas été retenu. Si le mot d'origine grecque signifiant "bonne mort" ou "mort douce" avait été retenu, il n'y aurait pas de débat sur l'euthanasie. Qui, en effet, ne rêve pas d'une telle mort? Deuxièmement, pour les tenants de l'euthanasie, il ne s'agit nullement d'abréger la vie de veillards séniles ou de nouveau-nés sévèrement handicapés en raison de la limite de nos ressources économiques et sociales. En effet, le fondement de l'euthanasie en contexte contemporain n'est pas le poids que représente pour la société ces malades mais le bien même de la personne. Enfin, troisièmement, le mot euthanasie a dans notre langage un sens actif, celui d'abréger la vie. Le Petit Robert I résume parfaitement cette position en parlant de "l'usage des procédés qui permettent de hâter ou de provoquer la mort pour délivrer un malade incurable de souffrances extrêmes ou pour tout autre motif d'ordre éthique".

Si l'euthanasie a aujourd'hui un sens actif, pourquoi alors parler d'euthanasie passive? Cette notion est née de la tentative de résoudre certains problèmes difficiles auxquels les médecins sont confrontés. Les moyens techniques, à la disposition de la médecine, s'ils sauvent heureusement des vies, prolongent aussi des malades qui n'ont plus de la vie humaine que les apparences. Pourquoi ne pas laisser la mort suivre son cours? L'expression cherche à rendre compte de ces cas où la responsabilité médicale ne consiste plus à lutter pour maintenir une vie pour laquelle la médecine est devenue impuissante mais à laisser la mort se produire tout en ne la provoquant pas.

Le concept d'euthanasie passive est aujourd'hui décrié de toutes parts. Entre autres, on fait remarquer que si euthanasie signifie provoquer la mort, l'ajout du qualificatif passif pour affirmer qu'on ne veut pas l'accélérer sème la confusion, en niant d'un côté ce qu'il affirme de

l'autre. De fait, un accord se dessine, dans beaucoup de milieux, pour ne plus utiliser l'expression euthanasie passive.

Par quelle expression, la remplacer? La Commission de réforme du droit a proposé, non sans raisons, l'expression "interruption de traitement". Sur le plan juridique, le choix se comprend très bien. Au plan éthique et médical, ce choix n'est pas sans faiblesses. En effet, l'expression "interruption de traitement" pourrait laisser croire que l'échec d'un traitement à caractère curatif indique la fin du travail médical. Au plan éthique, l'expression "soins terminaux" me paraît mieux rendre compte de la tâche médicale lorsque la personne malade ne peut plus guérir. Ces soins visent à permettre à la personne malade de vivre la fin de sa vie dans le plus grand respect de sa dignité humaine. Les soins palliatifs sont un exemple de ces soins terminaux.

Cette clarification de vocabulaire, malgré sa longueur dans le cadre d'un tel pannel, me paraissait nécessaire. C'est elle qui me permet maintenant d'aller plus loin dans le cadre des nécessaires clarifications qui porteront maintenant sur le sens et la pratique de l'euthanasie.

Il faut d'abord reconnaître que la question de l'euthanasie est de plus en plus abordée dans le cadre de l'organisation des soins de santé. Quand on pose la question de l'euthanasie, c'est que l'on cherche à voir comment, dans le contexte de ces services, répondre aux meilleurs intérêts des malades pour qui demeure peu d'espoir d'amélioration. Deux questions d'ordre éthique se posent à ce moment précis. La première est la suivante: quels soins terminaux offrir à la personne mourante ou irrémédiablement malade? La seconde surgit de la première: parmi les soins terminaux, l'action de hâter ou de provoquer la mort d'un malade incurable qui en fait la demande

fait-elle partie du travail médical? En d'autres termes, l'euthanasie doit-elle être considérée comme un outil dans la trousse médicale?

Je ne suis pas assuré que, comme société, nous sachions toujours bien répondre à la première puisque, malgré des progrès énormes dans le soin aux malades incurables, beaucoup de ces derniers affirment que leurs souffrances ne sont pas contrôlées, qu'ils ne participent pas aux décisions qui les concernent et se sentent abandonnés. Quand à la seconde question, deux types de réponses sont aujourd'hui proposés. Une première position affirme que prendre au sérieux l'autonomie du malade et le consentement éclairé, c'est accepter de hâter la mort d'un malade en phase terminale lorsque celui-ci en fait lucidement la demande. L'autre position rétorque qu'une telle pratique irait contre la philosophie la plus fondamentale de la médecine, qui est celle de respecter la vie et de promouvoir sa qualité. Par moments cependant un observateur neutre est pleinement en droit de se demander si certains tenants de cette seconde position ne s'acharnent pas au nom du respect de la vie, à prolonger une vie qui demande d'aller rapidement vers son terme. Malgré leur contradiction ces deux positions expriment un profond respect de la vie.

Ce que le débat actuel sur l'euthanasie ne clarifie pas suffisamment, c'est tout le contexte sociétal, médical et hospitalier du mourir. Nul ne peut nier que, malgré le développement des soins palliatifs, la mise en place d'équipes multidisciplinaires et la reconnaissance de l'autonomie du malade, beaucoup de malades incurables affirment bien haut leurs souffrances, l'ignorance de leur état et un sentiment d'abandon. Il y a là une espèce de contradiction. Voilà qu'une médecine qui affirme servir la qualité de la vie et qui a les moyens de contrôler la douleur et d'atténuer ainsi

la souffrance conduit les malades à lui demander de hâter leur mort parce que les douleurs sont trop fortes et que la souffrance les épuise.

Pour supprimer la contradiction, on tente d'utiliser le chemin le plus court. Un simple geste technique suffit: l'injection mortelle. L'euthanasie, en tant que pratique médicale, devient ainsi une réponse purement technique à un problème de fond, celui de l'objectif de la médecine à l'égard du traitement des malades incurables. Les soins palliatifs n'existeraient pas aujourd'hui si une telle vision avait habité ses créateurs. Ceux-ci ont cherché à dépasser les limites des préoccupations médicales des années 1960 pour rejoindre la réalité de toute la personne. Si l'euthanasie avait été à leur disposition, leur imagination n'aurait pas été mise en branle pour créer une nouvelle forme de médecine dans le contexte technique de la biomédecine. Dans ce sens, mettre fin aux jours des malades n'est qu'une réponse partielle et partiale à un problème de fond: celui du prolongement des malades incurables.

Un autre point fondamental qu'il faudra clarifier et dont les débats font rarement mention est celui du type de contrat social qu'implique le fait de hâter la mort pour des motifs de compassion. Ne serions-nous pas en train de créer un nouveau type de contrat social qui irait à l'encontre de toute l'histoire humaine? Hâter la mort de quelqu'un n'a été jusqu'ici autorisé socialement que pour protéger la vie du groupe et non pour le meilleur intérêt de la personne qui est mise à mort. Si dans nos traditions, nul n'a été autorisé à mettre fin à la vie de quelqu'un, cela tient au fait qu'un trop grand pouvoir serait dévolu à une autre personne, compte tenu du geste. Un des fondements de la vie sociale est en cause.

Conclusion

Ce que je vous ai proposé ce matin c'est une série de réflexions dont l'objectif vise à bien débattre de l'euthanasie. Ce débat me paraît important. Il peut nous apprendre beaucoup sur le sens et les limites de la médecine, de même que sur le sens de nos obligations les uns à l'égard des autres. Surtout il est peut-être une occasion de prendre conscience que nous sommes des êtres vulnérables qui, particulièrement au moment de mourir, ont besoin de la science, de la sagesse et de l'amour de toute la communauté.

La tâche de l'éthicien n'est pas tant de dire "c'est bien, c'est mal" mais d'aider à prendre conscience des enjeux impliqués dans l'euthanasie. J'espère y avoir réussi. Merci.

Document: 860-265/008

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION
OF PROVINCIAL COURT JUDGES

Is Gender Bias Alive and Well in your Courtroom?

Outline of Remarks

Shirley D. Campbell

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

PLEASE NOTE

This document is made available by the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat (CICS) for education and/or information purposes only. Any misuse of its contents is prohibited, nor can it be sold or otherwise used for commercial purposes only. Reproduction of its contents for purposes other than education and/or information requires the prior authorization of the CICS.

Intergovernmental Document Centre
P.O. Box 488, Station A
Ottawa, Ontario K1N 8V5

CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES
ANNUAL MEETING 1990, QUEBEC CITY

OUTLINE OF REMARKS TO BE MADE AT THE WORKSHOP:
IS GENDER BIAS ALIVE AND WELL IN YOUR COURTROOM?

I am pleased to be asked to bring a spouse's perspective to the Workshop. I am speaking from a non-legally trained white middle-class woman's perspective. I am going to comment on what I see as gender discrimination in general, in the legal system, and in the family. My main concern is what women in my situation can do about it.

Evidence of Discrimination

1) Generally:

a) There is ample evidence of overt discrimination by men against women. It is a function of upbringing and is part of everyday life. It is more subtle than glaring. This subtlety is very apparent to most women but not very apparent to most men.
For example:

i) Jokes about the successful man and the supportive woman, and about the wife as being a restraint on her husband's fun.

ii) The perception that a woman's interests lie only in shopping and babies.

iii) "Spouses Programs,"often referred to as the "Ladies Program," being clearly geared to women.

iv) Women are predominantly responsible for the upbringing of children, which not only limits their options, but also results in blame being attached mainly to the woman of the family when something goes wrong.

b) We do not set a very good example for our children regarding our professed belief in the equality of the individual. Women are either equal or they are not. How many women are First Ministers, Cabinet Ministers, or Judges?

2) In the legal system:

a) Hardly a day goes by that there is not something in the news about a judge who has made a judgement which is being criticized by women's organizations as evidence of gender bias.

b) Victim blaming is a common fault in biased judgements.

c) The typical response to such criticisms is surprise and denial.

3) In the family:

a) Internal to the family, how generous are we, as spouses, in accepting the involvement of the other spouse in certain matters?

i) Do we accept the mother being the breadwinner and the father staying home with the children?

b) External to the family, there can be a double standard about the freedom of activity of each spouse. Is it different for judges' families?

The Role of the Spouse or Family in Assisting the Judge to Become Gender Neutral

1) Since our beliefs stem from our upbringing and experience, we have to become informed on contemporary views on equality in general and the need for gender neutrality specifically.

2) We have to attempt to put ourselves in the place of others in order to understand another point of view.

3) We must not diminish the significance of gender biased conduct wherever it is seen.

4) We should discuss equality issues openly with all family members so that the concept of equality becomes reinforced.

5) We should try to promote gender neutral language around the home and avoid thinking about others according to stereotypes.

6) We must reduce our tolerance levels on gender biased comments or actions wherever they occur, and choose the appropriate reformative action to the occasion.

The object is to encourage productive change and thus to avoid controversy resulting from unwitting mistakes.

Shirley D. Campbell
September 13, 1990

The Journal of Genetic Psychology, 1973, 122, 329-336.

PERCEPTIONS OF A SAMPLE OF UNIVERSITY MEN CONCERNING WOMEN*

College of Education and Department of Family Relations and Child Development, Oklahoma State University

SHIRLEY ROSS AND JAMES WALTERS

SUMMARY

The purpose of this study was to develop an instrument, the Positive Regard Scale, to measure the degree of positive regard for women as reflected by university men, and to relate Positive Regard Scale scores to selected personal and social factors. Thirty-two of the 47 items on the scale were significantly discriminating at the .05 level or beyond. A split-half reliability coefficient, computed with the Spearman Brown Correction Formula, of .97 was obtained. Only one of the personal and social factors was significantly related to the Positive Regard Scale scores: Femininity of the mother was related to positive regard for women.

INTRODUCTION

Smith (10) concludes that among the most compelling conditions under which human beings operate is the opinion of others concerning them. But there is a separateness between the sexes that precludes the forming of opinions based on real facts, in many instances. As Montagu (9) has indicated, there is a great deal to learn and unlearn; there needs to be an education of the sexes *for* each other, not in opposition to each other. "Our culture," he writes, "has managed to produce a complex separateness and lack of understanding between the sexes" (9, p. 20). Indicative of the difficulties in communication between the sexes is a finding by Blood (2) that students on a university campus were unable to perceive accurately ideals expressed for dating partners of the opposite sex.

With increasing age, Smith (10) found in his study of 8- to 15-year-old youth, boys had a progressively poorer opinion of girls and girls had a progressively better opinion of boys. Both boys and girls were more likely to assign good traits to their own sex than to assign bad traits to the other

* Received in the Editorial Office, Provincetown, Massachusetts, on January 11, 1972.
Copyright, 1973, by The Journal Press

sex. In other words, they showed more humility in judging themselves on the basis of bad traits and less humility in judging themselves on the basis of good traits.

McKee and Sherriffs (7) found that both men and women expressed a systematic preference for males. A significantly greater number of women expressed more favorable attitudes toward men than toward women. Most subjects did not have an unfavorable regard for women, just a *less* favorable regard. Most subjects, given the chance, deny partiality for either sex. This may be a "veneer of equilitarianism overlying their more firmly established beliefs" (7, p. 366).

In another study by McKee and Sherriffs (8) it was found that the women's conception of the ideal male corresponds to men's beliefs of what women want them to be. Significantly more is asked of him than he asks of women. Men select a larger number of favorable adjectives than women when indicating their belief about what the other sex wants. Men believe that women want them to have the favorable qualities of both sexes and about equally. Women believe that men want them to possess favorable feminine characteristics to a much greater extent than characteristics that are thought to be masculine. In a sense, the men do restrict women to some extent, but women's beliefs exaggerate this degree of restriction.

Though professional success is characteristically somewhat "masculine," respondents of a *Fortune* survey (12) reported that of equally attractive girls, one who had been successful in business would be an overwhelmingly better choice for marriage than one who had never worked. Evidently men are not afraid of capable girls as women might think they are. However, very few of the respondents indicated that they thought her intelligence would be an asset, and practically none reported she would be easier to get along with. Responses to nearly all of the items on the survey reflected a negative regard for women.

1. *Implications for the Present Study*

In the socialization process, boys are constantly reminded that they must avoid feminine behavior and must show signs of being able to cut themselves loose from the world of women that surrounds them. They develop hostility toward girls and things that are feminine in very early childhood, and the hostility recurs throughout their lives (1). There is evidence that animosity thus created early in life tends to persist, to a degree, affecting the interpersonal relationships between men and women throughout their lives.

The degree to which the "hostility toward the enemy" still exists in the

minds of young college males of the present day has not been investigated to any great extent. The present study was designed to ascertain whether there does, in truth, remain a misconception of females and a hostile feeling toward them.

2. *Purposes of the Study*

The specific purposes of this study were to develop an instrument, the Positive Regard Scale, to measure the degree of positive regard for women expressed by college-aged men; and to compare the differences in Positive Regard Scale scores according to (*a*) age, (*b*) classification in school, (*c*) number of sisters, (*d*) social class, (*e*) dating status, (*f*) religious preference, (*g*) church attendance, (*h*) perception of mother's femininity, (*i*) perception of mother's authority role, (*j*) perception of own masculinity, (*k*) degree of femininity preferred in dating partners, in order to ascertain whether these factors are related to regard for women.

Since the degree to which a man subscribes to the traditional masculine stereotypes dictates in part the attitude he has regarding women and the world he must share with them (3), the present study was also designed to measure to what degree the femininity of the mother and the perceptions of one's own masculinity affects men's regard for women.

B. Method

1. *Selection of Subjects*

The 122 Caucasian male *Ss* of this study were students at Oklahoma State University and were predominately sons of middle-class families. They ranged in age from 18-23 years.

The sample represents members and pledges of four of the social Greek fraternities at Oklahoma State University. Care was exercised in choosing the groups that would make it possible to obtain responses from a cross-section of all the fraternities.

2. *Data Sheet*

The first section of the instrument was composed of items concerned with background information of the respondents, including (*a*) age, (*b*) class in school, (*c*) number of brothers, (*d*) number of sisters, (*e*) dating status, (*f*) religious preference, (*g*) church attendance, (*h*) social status.

The McGuire-White (6) Index of Social Status (short form) was used to assess the status of each respondent, based on the criteria of the *Ss* fathers' occupation, source of income, and level of educational attainment.

Also included in the general information section of the instrument were the following items concerning the respondent's perceptions concerning himself and others: (*a*) I would consider my mother _____ (very feminine, not very feminine); (*b*) In my own family my mother is _____ (very domineering, not very domineering, rather submissive); (*c*) I would consider myself _____ (very highly masculine, highly masculine, of average or low masculinity); (*d*) I prefer to date girls who are _____ (highly feminine, not highly feminine).

3. *Positive Regard Scale*

The Positive Regard Scale consisted of statements that were developed as a result of an extensive review of the literature and utilized to assess perceptions of men concerning women. The items were concerned with economic, social, intellectual, and emotional characteristics of women. Selected items were adapted from the instruments by McKee and Sherriffs (8), and Komarovsky (5); and others were constructed around selected basic concepts.

A panel of five family life specialists were given the items and were asked to evaluate them in terms of clarity, relevancy, and specificity, and they were asked (*a*) to indicate for each statement the response that would reflect the highest regard for women in order to obtain weights for the items, (*b*) to give suggestions for modification of the items to improve clarity, and (*c*) to indicate those items that should be deleted from the questionnaire because of their lack of relevance to the concept being studied.

Of the original 69 items, 22 were rejected by the specialists. In view of the recommendations of these judges, corrections and modifications of the remaining items were made, resulting in a final form of the questionnaire which was submitted to the respondents.

A five-point Likert-type scale was utilized on which respondents indicated one of the following responses for each statement: strongly agree, mildly agree, undecided, mildly disagree, or strongly disagree. The following is an example of the statements: "Women, in general, seem less capable of logical thinking than men."

A numerical value of *two* was given when the most favorable response toward women was indicated by the subject, a value of *one* for the next most favorable response, and a *zero* value for negative or undecided responses. The ratings of the family life specialists were utilized in determining the most favorable response toward women for each item. The sum of the numbered values represented the score of each respondent on the Positive Regard Scale.

C. Results

1. *Description of Subjects*

The 122 *Ss* ranged from 18 to 24 years of age, with the greatest proportion in the age category 18-20 years (64 percent). There were approximately the same number of students in each of the four undergraduate classifications. The social-class status of most of the subjects was upper-middle class (58 percent), with very few (6 percent) in the upper-lower class. The greatest percentage of the men (56 percent) had either one or two sisters, though 43 percent had no sisters. While 67 percent of the *Ss* reported casual dating, there were 20 percent who indicated that they were pinned or engaged. Most of the *Ss* were Protestant (87 percent). Church attendance at least once a month was reported by 62 percent of the *Ss*, though 12 percent said they did not attend services at all. For the most part, the men perceived their mothers as very feminine and not very domineering. The greatest proportion (62 percent) of the *Ss* considered themselves to be of average masculinity, while 28 percent considered themselves highly masculine, and 10 percent believed that they were very highly masculine. Most of the men preferred to date highly feminine girls.

2. *The Item Analysis*

In order to obtain an index of the internal consistency of the items in the Positive Regard Scale, a chi-square test was utilized to determine which items significantly differentiated those subjects scoring in the upper quartile and those subjects scoring in the lower quartile on the basis of total scores. Of the 47 items in the questionnaire, 32 were found to be significantly discriminating at the .05 level or beyond.

A split-half reliability coefficient, computed with the Spearman Brown Correction formula, of .97 was obtained in assessing the reliability of the Positive Regard Scale.

3. *Responses to the Positive Regard Scale Items*

The *Ss* agreed that women, if equally competent, should be treated as equals in professional circles by the men with whom they work. As Table 1 indicates this particular item (number 5) elicited more favorable responses than any other item on the questionnaire. As further evidence of high regard for women, almost 80 percent of the men agreed that general intelligence was as high in women as in men, and that women were as imaginative as men.

TABLE 1

PERCENTAGES OF FAVORABLE AND UNFAVORABLE RESPONSES TO ITEMS OF THE POSITIVE REGARD SCALE

Item	Percentages of responses		
	Most positive	Least positive	Negative
1. Women perform as well as men under pressure.	6	42	52
2. The majority of women are only interested in a man in terms of what they can get from him.	33	30	37
3. In general, women complain more than men.	6	14	80
4. Women are more difficult to get along with than men.	10	30	60
5. Professional women have as much right as men to be treated as equals by the men they work with if they are as qualified as the men.	58	31	11
6. Women, in general, seem less capable of logical thinking than men.	14	21	64
7. Most women are often more vicious than men in speaking of others.	4	19	76
8. Women have the right to compete with men in every sphere of economic activity.	23	37	40
9. Women cannot achieve as satisfactorily as men in a number of professional roles because they are too high strung.	13	20	67
10. Women are usually as responsible as men.	21	47	31
11. Most women are usually more unreasonably jealous than men.	10	25	65
12. Most women are as able to base actions on objective facts rather than on irrational personal feelings.	8	25	67
13. Most women are more selfish than men.	15	31	54
14. Most women are as punctual as men.	4	27	69
15. Women are usually more ungrateful than men for the kindnesses and services rendered them.	29	39	31
16. Most women are more considerate of others than are men.	13	38	49
17. Women generally show less poise in awkward situations than men.	19	46	34
18. General intelligence is as high in women as in men.	34	39	27
19. Women are often more preoccupied with "keeping up with the Joneses" than are men.	9	14	77
20. Women are as imaginative as men.	34	44	22
21. Women are usually more interested than men in promoting the happiness of others.	16	42	42
22. Generally, women are less capable of financial management than men.	8	20	71
23. Women are more likely than men to give up a principle in order to gain social status.	6	14	79
24. Women tend to exaggerate the truth more than men.	11	22	67
25. More women than men make selfish demands on their dating partners.	22	31	46
26. Women more than men lack the persevering qualities that are necessary for success in the business world.	5	28	67
27. Women are more unstable than men.	7	13	80
28. Women have fewer meaningful goals than men.	12	31	53
29. Women do not behave as reliably as men.	10	20	70
30. Men are more likely to overestimate themselves than are women.	14	38	47
31. Women are more stubborn than men.	12	24	64
32. Women demand more attention than men.	6	11	83

The *Ss* perceived women more likely than men to possess emotional-supportive qualities. Most respondents (at least 60 percent) said that women were more considerate of the feelings of others, more concerned for the happiness of others, while they were less ungrateful, and less likely to make selfish demands on their dating partners than men. The subjects also agreed, for the most part, that women had as much poise as men in awkward situations.

More than half the *Ss* considered women as responsible as men and thought that women had at least as many meaningful goals as men, which would seem to indicate that women's ambitions are being recognized as *meaningful*, even though they are *different* from those of men. Indications of such differences were reported by Turner (11), who showed that adolescent girls look forward to careers that are culture oriented (i.e., involving intrinsic rewards); whereas boys look to more extrinsic rewards, such as monetary considerations.

Negative regard for women was expressed by at least 60 percent of the *Ss* in the following areas: (*a*) *Emotionality*: Women were seen as too high strung for certain professions, and lacking in objectivity in decision-making; (*b*) *Perseverance*: Women were judged to be not as reliable as men, lacking in the perseverance necessary for success in business, and more likely to give up their principles than men; (*c*) *Specific Mental Capacity*: Women were believed to be less capable than men of logical thinking and financial management.

The results of the Positive Regard Scale showed that men believed women to be lacking in several of the skills or characteristics necessary for successful interpersonal relationships. The *Ss* believed that women complain more than men, demand more attention, and are, in general, more difficult to "get along with" than are men. Women are seen as more vicious, more stubborn, and more likely to exaggerate the truth than men.

4. *Examination of Hypotheses*

The Kruskal-Wallis one-way analysis of variance and the Mann-Whitney *U* test were utilized, and it was found that significant differences did not exist among the Positive Regard Scale scores of the respondents classified according to (*a*) age; (*b*) class in school; (*c*) number of sisters; (*d*) social class; (*e*) dating status—i.e., casual dating, steady dating, pinned, or engaged; (*f*) religious preference—i.e., Protestant, Catholic, other; (*g*) church attendance—i.e., at least once a month, special occasions, never; (*h*) role of mother—i.e., very domineering, not very domineering, rather submissive;

(*i*) perception of own masculinity- i.e., very highly masculine, highly masculine, average masculinity; and (*j*) preference for dating partner—i.e., highly feminine and not highly feminine.

However, a significant difference in Positive Regard Scale scores was noted among respondents whose scores were classified according to the respondents perceptions of the femininity of their mothers. The evidence suggests that highly feminine mothers foster positive regard for women on the part of their sons.

The Journal of Genetic Psychology, 1973, 122, 337-343.

PATTERNS OF CULTURALLY DEFINED SEX-ROLE PREFERENCE AND PARENTAL IMITATION*

Department of Psychology, State University College, Brockport, New York

WILLIAM D. WARD

SUMMARY

The theory that males tend to identify with a culturally defined, masculine role and that females tend to imitate their mothers was assessed by administering the It Scale (culturally defined role preference) and the Imitation Schedule (parental imitation) to 36 white, middle-class, third-grade boys and girls. Boys' masculine role preference was higher than the girls' feminine preference ($t = 4.62$, $p < .0005$), and there was no difference in same-sexed imitation scores ($t = .24$, $p > .05$). Boys' masculine preference was higher than their father imitation ($t = 1.85$, $p < .05$), and the girls had higher mother imitation than feminine preference ($t = 1.85$, $p < .05$). The interpretations were complicated by the fact that the girls' preference was in the masculine range. The results suggested that boys identify with a culturally defined, masculine role, that girls show a similar tendency, and that neither sex imitates the same-sexed parent consistently.

A. INTRODUCTION

Lynn (4) has suggested that males tend to identify with a culturally defined masculine role and that females tend to identify with a personally defined feminine role. A culturally defined sex role reflects those behaviors and attitudes that are generally agreed upon within a culture as being either masculine or feminine. It is widely accepted in middle class, white society for example, that little boys typically play with trucks, hammer nails, enjoy aggressive games, and like to dress-up in cowboy or Indian costumes; while little girls play with dolls, cook on a play stove, engage in polite games, and enjoy dressing-up like a lady. Adults transmit culturally defined sex roles of masculinity and femininity to children in accordance with these established cultural expectancies. The personally defined sex role, on the other hand, is

* Received in the Editorial Office, Provincetown, Massachusetts, on February 7, 1972.
Copyright, 1973, by The Journal Press

	Strongly agree	Mildly agree	Unde-cided	Mildly disagree	Strongly disagree
Women perform as well as men under pressure.					
The majority of women are only interested in a man in terms of what they can get from him.					
In general, women complain more than men.					
Women are more difficult to get along with than men.					
Professionnal women have as much right as men to be treated as equals by the men they work with if they are qualified as the men.					
Women, in general, seem less capable of logical thinking than men.					
Most women are often more vicious than men in speaking of others.					
Women have the right to compete with men in every sphere of economic activity.					
Women cannot achieve as satisfactorily as men in a number of professionnal roles because they are too high strung.					
Women are usually as responsible as men.					
Most women are usually more unreasonably jealous than men.					
Most women are as able to base actions on objective facts rather than on irrational personal feelings.					

	Strongly agree	Mildly agree	Unde-cided	Mildly disagree	Strongly disagree
13. Most women are more selfish than men.					
14. Most women are as punctual as men.					
15. Women are usually more ungrateful than men for the kindnesses and services rendered them.					
16. Most women are more considerate of others than are men.					
17. Women generally show less poise in awkward situations than men.					
18. General intelligence is as high in women as in men.					
19. Women are often more preoccupied with "keeping up with the Joneses" than are men.					
20. Women are as imaginative as men.					
21. Women are usually more interested than men in promoting the happiness of others.					
22. Generally, women are less capable of financial management than men.					
23. Women are more likely than men to give up a principle in order to gain social status.					
24. Women tend to exaggerate the truth more than men.					
25. More women than men make selfish demands on their dating partners.					

	Strongly agree	Mildly agree	Unde-cided	Mildly disagree	Strongly disagree
Women more than men lack the persevering qualities that are necessary for success in the business world.					
Women are more unstable than men.					
Women have fewer meaningful goals than men.					
Women do not behave as reliably as men.					
Men are more likely to overestimate themselves than are women.					
Women are more stubborn than men.					
Women demand more attention than men.					

PREJUGÉS

Les FEMMES ont les mêmes droits que les HOMMES: Sur le plan légal c'est presque vrai Toutefois qu'en est-il réellement dans la vie de tous les jours?

Le texte qui suit est inspiré d'une revue americaine et présente un homme et une femme occupant le même emploi. Même si le geste posé est le même, la réaction de l'entourage est le plus souvent différente.





« IL » travaille

1 La photo de sa famille est sur son bureau.
— C'est un homme responsable.

2 Son bureau est en désordre.
— C'est un homme occupé

3 Il s'est absenté temporairement.
— Il doit rencontrer des clients.

4 Il est absent.
— Il doit rencontrer des clients.

5 Il a fait une bonne affaire.
— C'est un employé compétent, efficace.

6 Il a fait une mauvaise affaire.
— Est-ce qu'il est fâché?

7 Il dine avec le patron.
— Il va avoir de l'avancement.

8 Il part en voyage pour la compagnie
— C'est bon pour sa carriere.

9 Il se marie.
— Il va être encore plus stable.

10 Il va avoir un enfant
— Il faudrait peut être songer a lui donner une augmentation

11 Il quitte la compagnie pour un meilleur emploi.
— Il ira loin dans la vie!

« ELLE » travaille

1. La photo de sa famille est sur son bureau.
— OUAIS! sa famille passe avant son travail

2 Son bureau est en désordre.
— Ce qu'elle peut être désordonnée.

3 Elle s'est absentée temporairement.
— Elle doit être en train de se maquiller.

4 Elle est absente.
— Elle doit être allee magasiner.

5 Elle a fait une bonne affaire.
— Elle a eu de la chance.

6 Elle a fait une mauvaise affaire.
— Est-ce qu'elle a pleure?

7 Elle dine avec le patron.
— Est-ce qu'ils couchent ensemble?

8 Elle part en voyage pour la compagnie.
— Qu'en pense son mari?

9 Elle se marie.
— Elle pourra nous quitter n'importe quand.

10 Elle va avoir un enfant.
— Elle va coûter plus cher a la compagnie.

11 Elle quitte la compagnie pour un meilleur emploi.
— Les femmes sont imprevisibles.

A bon entendeur, SALUT!

Document: 860-265/009

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES

President's Report

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

PLEASE NOTE

This document is made available by the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat (CICS) for education and/or information purposes only. Any misuse of its contents is prohibited, nor can it be sold or otherwise used for commercial purposes only. Reproduction of its contents for purposes other than education and/or information requires the prior authorization of the CICS.

Intergovernmental Document Centre
P.O. Box 488, Station A
Ottawa, Ontario K1N 8V5

PRESIDENT'S REPORT
TO THE
1990 ANNUAL CONFERENCE
OF
THE CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES

During 1989-90, the aim of our Executive Committee and myself as President was to establish a firm foundation from which the Canadian Association of Provincial Court Judges can carry out its proper role in the administration of justice. The CAPCJ must discharge its traditional roles, while meeting constantly expanding new challenges and obligations. One way is to make meaningful and valuable contributions at the federal, provincial and territorial levels with governments, their agencies, and other outside organizations, such as the Canadian Bar Association.

The CAPCJ concept and the changing emphasis on our role was outlined in The Journal, Vol. 13, No. 3, June 1989. To ensure judicial independence and to promote the proper administration of justice, the factors that we have tried to encourage since last September are:

a. to emphasize the importance of continuing judicial education under our own Canadian Judicial College and in co-operation with the Canadian Judicial Centre.

b. to create and maintain an effective working relationship with all governments, but in particular with the federal Department of Justice, in the consultative process, as a reliable "resource" based on our judges' institutional experience, and as an informed "advisor" based on our courts' fundamental role in the administration of justice. This approach required us to establish effective and efficient channels for communication and co-operation.

c. to recognize that while each province and territory "has its own legal, social, economic milieu and identity", there is also a constitutional and factual identity with the whole of our country -- Canada! Regional and national differences must be both promoted and reconciled.

d. to maintain an awareness on the part of everyone who is concerned with the administration of justice that they recognize and remember the necessity of protecting the three essential elements of judicial independence established by the Supreme Court of Canada in Valente:

(1) Security of tenure,
(2) Financial security, and
(3) Institutional independence with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of judicial function

e. to create an effective bilingual voice in both official languages at all national functions and operations of the CAPCJ

It has been a long hectic year. We have achieved some success but we have also suffered some disappointment. Nevertheless, everyone has done their best! I am proud, and I feel very fortunate to have worked with so many fine outstanding people during my year as your President. To all of them, but especially to you the judges from across Canada, I want you to know how much I appreciate, and have enjoyed the opportunity to serve on your behalf.

Following the annual conference in Edmonton it appeared that the programs of our Canadian Judicial College would progress most effectively. Judge Campbell had been assigned to spend 50% of his time as Director of both the Canadian Judicial College and the Western Judicial Education Centre. We were optimistic that the WJEC Gender Neutrality Initiative (a proposed two year study) would be approved, funded, and be under way by January 1, 1990. It was also our hope that he could utilize the achievements of the WJEC projects for the benefit of the Canadian Judicial Centre. Unfortunately, Judge Campbell's assignment was changed; the WJEC Workshop Series were threatened; the necessary funding did not come through for the gender initiative and, for various reasons, protracted discussions had to be carried out with the Canadian Judicial Centre. The Atlantic Regional Seminar was not held in 1990.

All of this created a crisis. Nevertheless, through the goodwill and assistance of many others, as well as his own determination, Judge Doug Campbell persisted in his endeavours with success and solutions were found for most of the problems.

As a consequence the WJEC Lake Louise Workshop was unique and outstanding. The theme will be carried forward to Yellowknife, N.W.T. in July, 1991. The necessary funding is in place for a one year Gender Neutrality Initiative study under the direction of Judge Gary Cioni. The results will be the focal point for the 1991 WJEC Workshop and probably the foundation for a national conference in 1992.

While we were in Edmonton, I fully briefed the Deputy Attorney General for Alberta on the CAPCJ. Shortly after, he was appointed to the Court of Queen's Bench. His successor was not named until early 1990.

As we left Edmonton, several provinces were expected to legislate new compensation formulas for salaries and pensions. While there have been advances in some provinces, there was disappointment in others. On top of it all, we learned of the proposed federal "cap" on pensions. Clearly, we have a long way to go in order to ensure proper "financial security" at the provincial court level.

Thus, as the meeting in Edmonton concluded, it seemed that our main thrust was to meet with the federal Department of Justice for the purpose of having the federal government substantially increase its contribution to our association in accordance with the discussions held at Ottawa in January, 1989. Such a financial increase was vital, and is still very important, if the CAPCJ is to become fully effective in all of its endeavours.

Accordingly, our Executive Director renewed our submissions, and on November 28, 1989, I wrote a lengthy letter to the then Minister of Justice, The Honourable Doug Lewis emphasizing the necessity of meeting and consultation with our organization. Eventually the responsibility of a reply fell to Paul Lordon, General Counsel, Judicial Affairs and Administrative Law Policy in the Department of Justice. He has confirmed our role and recommended a new funding process for the CAPCJ.

Our association is restricted in its progress and activities because it does not have a Secretariat, nor a full-time staff to assist in planning and implementing policy. Most of that heavy responsibility falls on one person, the Executive Director. Associate Chief Judge Keith Libby has been a constant source of guidance, support, inspiration and a valued critic. In addition to his values and hard work, through his knowledge of the CAPCJ he has been our "corporate conscience". Words are not enough to properly recognize his worth and contributions. His accomplishments are too often hidden, or not even realized, because of the excellent job he does. Thank you Keith!

The Constitution stipulates that the "President... shall at the Annual General Assembly make a report of the Associations' activities during the President's tenure of office". This years' report will be a review of the President's activities with a general over-view of association activities. The details of those activities will come from the association minutes and special reports of Committee Chairpersons.

During the past year I have visited most provincial associations during their annual conferences. I have also met personally with many executive officers from the provinces and territories under various circumstances. Unfortunately, I could not attend the annual meetings in Newfoundland, Prince Edward Island, New Brunswick, Yukon and the North West Territories.

However, I did get to three Atlantic provinces. I had a lengthy meeting with Judge Gerry Fitzgerald in Charlottetown. He and Chief Judge Thomson confirmed their interest in and support for the National Association. At their request, Prince Edward Island is still very much a member of the CAPCJ.

During the same trip, the New Brunswick Association arranged for me to meet and have lunch with Wayne Chapman, Q.C., the incoming President of the Canadian Bar Association. He indicated his personal approval of the unified court principles.

During the Nova Scotia meeting, Judge Bruce Le Grow discussed Newfoundland concerns with me. Associate Chief Judge Libby represented the CAPCJ at the New Brunswick meeting this July.

Other travel and activities in relation to the CAPCJ were:

1. October 10, 1989 - Calgary
The Canadian Judicial Centre organized a meeting for organizations active in judicial eduction including The Canadian Judicial Council, the Canadian Institute for Advanced Legal Studies, The Canadian Institute for the Administration of Justice, and the CAPCJ. The results were:

   a. Development of a Master Calendar for all judicial activities.
   b. The Bulletin is circulated to all Canadian judges
   c. The CAPCJ can be proud of its high educational standards and achievements.
   d. The objective of the organizations is to avoid duplication and to gain maximum benefits from the resources available to all levels of the judiciary.

2. October 20-21, 1989 - Quebec City
Conference des juges du Quebec

   a. This was a well organized conference, with a large attendance.
   b. Chief Justice Claude Bisson received a standing ovation from the judges for his public support of the Cour du Quebec and its search for financial security.

3. October 26-28, 1989 - Winnipeg, Manitoba

   a. The Manitoba Government and its Attorney General, Jim McRae, set a positive example with its new provincial court legislation and by honouring the spirit of the new system even before the legislation was enacted.
   b. On Saturday, following the Conference, Judge Norton and I met with Sheldon Pinx, CBA Liaison Officer to the CAPCJ. A broad range of subjects was covered.
   c. Continuing judicial education is given a top priority within the Manitoba provincial court system through a series of two-day seminars.

4. November 23-25, 1989 - Vancouver
Annual Conference of The Provincial Judges' Association of British Columbia

a. The Attorney General announced that under the "Access to Justice" program, judges and the courts would be able to take advantage of the latest technological developments such as personal computers, and the government would make the justice system "more accessible, more understandable, more reliable, more relevent and more efficient."
b. As a result of a special retirement policy, B.C. might appoint 35 new judges in 1990.

5. December 15, 1989
I directed Judge Campbell to carry out an extensive review and make projections for the future of the CAPCJ Canadian Judicial College.

6. December, 1989
It took three days to conduct a cross-country telephone check with the Officers, Provincial Reps and Chairmen as to the possibility of holding a new judges program in British Columbia; to obtain approval of the policy that host provinces could hold their annual conferences in conjunction with the CAPCJ Annual Conference; an update on education matters; to receive local news; and to exchange season's greetings.

7. January 7-19, 1990 - Quebec City
During the French language training course there were three meetings:

a. re 1990 Conference - Judges Ken Page, Yvon Mercier, Louis Remillard and myself
b. re Canadian Judicial Centre and the interests of the CAPCJ and its members
c. re 8th United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders - Department of Justice representatives discussed with me the CAPCJ consultative role and we made plans for a consultative meeting in Ottawa

8. January 21-26, 1990 - Ottawa

a. I attended the CJC Caseflow Management Seminar during which Judges Darlene Wong of Edmonton and Senior Judge Charles Scullion outlined two different, but effective caseflow management techniques.

b. There were several conferences with Justice Marshall and Paul Lordon covering many topics including:
   (1) Canadian Judicial Centre and the Western Judicial Education Centre
   (2) my letter to the Minister of Justice, dated November 28, 1989 requesting meetings and consideration of a 17 point agenda.
   (3) new federal funding format for the CAPCJ

c. Secretary of State - Bilingual Contract. I reviewed with Denis Cuillerier our role and the necessity of appropriate bilingual services contract. As a result, he subsequently met with Judge Libby to finalize matters.

d. January 25 - meeting with the Honourable Pierre Blais, Federal Solicitor General concerning our consultative role.

9. January 30, 1990 - Lethbridge
Brief meeting with John Jennings, President of the Canadian Bar Association

10. March 2, 1990
At the request of the western Chief Judges, I wrote to the Canadian Judicial Centre suggesting that Judge Campbell remain as Director of the WJEC half-time, and that the other half he work in Western Canada as an assistant CJC Director.

11. March 12, 1990 - Edmonton
A thorough briefing meeting was held with Neil McCrank, the new Deputy Attorney General for Alberta and Jack Klinck representing the Province, Chief Judge Wachowich, Judge Dolores Hansen (APJA Vice-President) and myself prior to the national Deputy Ministers

meeting in Dorval. We reviewed the roles of the Chief Judge and APJA in Alberta, the APJA relationship to the CAPCJ; the CAPCJ organization, funding, roles and responsibilities, (including education, the Canadian Judicial Centre and the WJEC).

12. Friday, March 30, 1990 - Ottawa
Consultative briefing of CAPCJ representatives and Department of Justice officials on selected topics for the 8th United Nations Congress on The Prevention of Crime and Treatment of Offenders. Specific responsibilities for our judges were as follows:

a.	Juvenile Justice	Judge Kirkland
b.	Independence of the Judiciary	Judge Bobowski
c.	Domestic Violence	Judge Kirkland
d.	Continuing Judicial Education	Judge Campbell
e.	Sentencing and Alternatives to incarceration	Judge Davis
f.	Role of Lawyers & Prosecutors	Juge Mercier
g.	Computerization of the Administration & Criminal Justice System	Judge Thomson
h.	Corruption	Judge Jacobson

This consultative process was very positive and beneficial for both the Department of Justice and ourselves.

13. March 30 - April 6, 1990 - Val Morin, Quebec
CAPCJ New Judges Training Program under Juge Andre St. Cyr:

a. I participated as host at the CAPCJ President's Reception; as a resource, a worker and as a student.
b. Canadian Judicial Centre and CAPCJ concerns were discussed with Justice Marshall, and Judges Grenier, Libby, Saint-Cyr, Campbell and myself.
c. The WJEC and the Atlantic Regional Seminar was discussed with some of the Chief Judges.
d. April 5. A liaison Conference with the Chief Judges at Val David was attended by Associate Chief Judge Libby, Judge Grenier and myself. It was decided that:

(1) The New Judges Program to continue at Far Hills in 1991
(2) No special New Judges Program to be held in B.C.

We also discussed:

(1) The role of the Canadian Judicial Centre and its cost of operation
(2) The Atlantic Reginal Seminar and alternate programs in the Maritime provinces

14. April 6-8, 1990 - Montreal
CAPCJ Spring Executive Committee Meeting

a. Special guests were Anne Marie Krahn, Assistant Deputy Minister of Justice for Civil Law and Paul Lordon. The next day Justice Marshall outlined the activities of the Canadian Judicial Centre.
b. A new meeting format was introduced. After all reports were presented, the meeting adjourned for Provincial Judges caucus and the Budget Committee discussions.
c. Judge Pamela Thomson was elected as the Assistant Executive Director.
d. The President and Executive Director, but not the provincial reps were directed to submit a monthly report to all members of the Executive Committee including Chairpersons.

15. April 21-29, 1990 - Halifax, Charlottetown, St. John, and Halifax

a. Prince Edward Island - discussions with Chief Judge Thompson and Judge Fitzgerald during which both confirmed the need for, and their interest and support for the CAPCJ
b. New Brunswick - luncheon meeting with Wayne Chapman, Q.C., incoming President of the CBA to discuss unified court concepts with some judges from St. John
c. Halifax, 25-28 April: Nova Scotia Provincial Judges Association semi-annual conference and educational seminar:
   (1) Panel discussed unified court concepts.
   (2) The Nova Scotia Barristers' Society made strong proposals for judicial evaluation.
   (3) Judge Grenier and I met with Professor Bill Charles, Chairman of the Nova Scotia Court Structure Task Force to discuss unified court concepts and systems.

16. May 11-18, 1990 - Lake Louise, Alberta
CAPCJ Western Judicial Education Centre 1990 Workshop, combined with the Alberta Provincial Judges Association annual education seminar.

Commencing with:

a. a day-long instruction session for resource persons, this multi-phase seminar dealt with:
   (1) Aboriginal issues
   (2) Gender issues
   (3) New law

b. At my request, but thanks to the ingenuity of Judge Campbell, most of the CAPCJ officers were present as resource persons. The students represented all provinces. This broad representation by jurisdiction and respective association officers, together with CAPCJ officials allowed us to hold several important meetings:

   (1) CAPCJ - Senior Judge Scullion and Judge Davis will form a committee to study "Judicial Evaluation". Regional developments and the CJC were also discussed.

   (2) Canadian Judicial Centre, Canadian Judicial College, WJEC: a special meeting attended by Mr. Justice W.A. Stevenson, Justice Marshall, the six western chief judges, Judges Page, Grenier and myself reached the following decisions:

   (a) The western Chief Judges confirmed their commitment to the WJEC and will make the necessary arrangements to have Judge Campbell continue as its director.
   (b) Justice Marshall is to finalize and submit his "Marshall Plan" to the CAPCJ.
   (c) On behalf of the CJC Judge Grenier is to meet with Associate Chief Judge Libby to finalize the CAPCJ/CJC memorandum of understanding, and the practical implication of the "Marshall Plan".
   (d) Judge Page and Justice Marshall are to get further information concerning the costs of a CJC Associate Director, and Judge Page will make recommendations to get away from the present "secondment system" the costs of which are borne by single provinces.

(e) Action is to be completed as soon as possible with final discussions if any, to take place in Quebec at the CAPCJ annual conference.

(3) CAPCJ New Judges' Program financial discussions with Judge Saint-Cyr and Associate Chief Judge Libby.

(4) Telephone conferences with Judges Remillard and Mercier and meetings for the purpose of having the Minister of Justice attend the annual conference in Quebec City.

(5) In a series of discussions concerning the Atlantic Regional it was decided that upon their return to the Maritime provinces Judge Perusse, assisted by Judge Fowler would take definite steps to re-organize the structure

17. May 22-26, 1990 - London, Ontario
Association of Provincial Criminal
Court Judges of Ontario

a. Ian Scott, Attorney General for Ontario, reported on the progress of his plans for a unified court in Ontario. He acknowledged that there would be difficulty with Phase II and challenged all provincial court judges to prove by way of performance and participation their worthiness and competency, especially by working more closely with the Canadian Bar, the provincial Law Society and local Bar Associations.

b. The Honourable Fred C. Hayes, now a judge of the District Court, an old CAPCJ member, friend, and long contributor to the success of our New Judges' Program (as discussion leader and teacher on the topic "Conduct of a Trial") was made an Honorary member of the Ontario Association. Fred, and his wife, Betty were tne centre of a moving and meaningful expression of gratitude and appreciation.

c. In a telephone conference with The Honourable Judge Harry Keenan, he alerted us to problems in respect of errors and omissions liability and major or disaster medical insurance coverage.

18. May 31 - June 2, 1990 - Saskatoon, Saskatchewan

This was the first joint meeting of the Saskatchewan Provincial Court Judges' Association and Law Society of Saskatchewan in 25 years. The Judges, in conjunction with the Continuing Legal Education Society have produced an excellent video for new lawyers at an exceedingly low cost. Now, they are looking at new challenges.

19. June 15, 1990

At a federal, provincial territorial meeting of Ministers Responsible for Justice agreed to establish a working group chaired by New Brunswick (Elaine Doleman) which will propose methods of promoting gender equality in the justice system. There is also to be a national conference on women in the justice system. Susan Christie, Senior Policy Analyst, Policy Directorate, Department of Justice, has been contacted by Judge Campbell. He has made tentative bookings at Chateau Lake Louise from April 29 to May 3, 1992 on behalf of the WJEC Committee on Gender Neutrality.

20. June 18, 1990

The Minister of Justice invited the CAPCJ to participate in the review being undertaken with respect to the General Part of the Criminal Code.

21. August 15, 1990 - Chicoutimi

Taking advantage of the large number of provincial/territorial court judges (many of whom are active in their provincial associations and the CAPCJ) in attendance at the French language training course, we held a special session to review the agenda for the National Conference and to discuss the process by which provincial court judges are selected by the Board of the Canadian Judicial Centre as assistant directors.

22. September 5-8, 1990 - Kananaskis

The Alberta Provincial Judges' Association Annual Conference.

From the foregoing review, from the reports presented at this meeting, from the records of our association, and hopefully from your personal knowledge, the 1989-90 activities of the CAPCJ can be summarized as follows:

a. Continuing judicial education programs conducted by our judges and their associations were effective and worthwhile in each jurisdiction and nationally. The New Judges Program was excellent and well under budget. The WJEC continued to lead the way in innovative programming and in the study of gender issues in the judicial system. Although the Atlantic Regional was not held, effective action was taken to create a new structure and positive attitudes. The theme and education component of this year's annual conference, "The Judge in the Twenty-First Century" emphasizes the need for vision, dedication and common purpose in the judiciary.

Especially through the efforts of Judges Page, Hayes and Carey, our courts and our association were well represented on the Board of the Canadian Judicial Centre. Judge Grenier as an Assistant Director continued to make a substantial contribution to that Centre's activities.

b. We have partially established effective channels of communication with the federal Department of Justice. In particular, we place trust and confidence in Paul Lordon, General Counsel for that Department, because of his constant and competent advice and co-operation. Unfortunately, we did not get the opportunity to work directly with the Minister. There is still much to be done in creating and maintaining an effective working relationship with the federal government. We should also explore the possibility of meeting with the Deputy Ministers of Justice from all governments on a regular basis.

We also have strengthened, or developed more effective channels for communication and co-operation with:

(1) The Chief Judges
(2) The Canadian Judicial Centre
(3) The Canadian Bar Association
(4) The Commonwealth Magistrates' and Judges' Association
(5) The Secretary of State re bilingual services
(6) Other organizations concerned with judicial education

Our consultative role as a resource or "advisor" has been called upon by the federal government in respect of the following issues:

(1) The 8th United Nations Congress on "The Prevention of Crime and Treatment of Offenders
(2) Sentencing, Corrections and Conditional Release
(3) Review of the General Part of the Criminal Code
(4) Gender neutrality issues in the judicial system

c. Each province and territory has strong and effective leadership in their associations. We need to get some of the newer judges working nationally as well. Court structure reform in the various provinces must be monitored closely. The public interest must come first.

d. The issues of judicial independence are very much a matter of real concern. Judge Bobowski has been extremely busy in preparing papers for the 8th UN Congress and has almost completed a comparative study of basic UN principles with those of the CAPCJ, and actual provincial/territorial legislation. Unfortunately some provincial reps have not yet responded to him.

The concept of judicial evaluation (especially of provincial court judges) appears to be gaining interest outside the judiciary. Costs and methods of actual implementation and administration must be addressed, as well as to ensure that there is no interference with the independence of the judiciary.

The issues of compensation for the judiciary and the supply of resources to the courts are far from being resolved.

e. With the financial assistance of the Secretary of State, we look to next year as being the time when our association can effectively work in both official languages. We especially hope that the first step will be to make the Journal a bilingual production.

Fulfillment of the CAPCJ concept and vision, and the achievement of our objectives, comes not only from the association itself, nor from the Executive Committee, but from the combined efforts of all of our judges working together in their own associations, and particularly from working with so many other people outside our court and the CAPCJ.

In addition to the days spent "on the road", most of the associations' business is conducted by the officers by telephone, mail and FAX. All of this requires extra time. Accordingly, the assignments and schedules for our judges who hold key national and provincial positions must be reasonable and allow adequate time for such activities.

Unfortunately, during the past year, we were short of judges in Alberta and the government delayed in making new appointments. Often there just wasn't the time nor the opportunity to do things as I wished. However, it was my colleagues in southern Alberta, especially in Lethbridge who often had to give up Chambers time so I could get away. Special acknowledgement and appreciation must be accorded to Chief Judge Wachowich who made it possible for me to get to Ottawa for one week in January; and again for the period March 30 to April 6 for the meeting in Ottawa. The New Judges' Program at Val Morin and the Executive Committee meeting in Montreal (which also afforded substantial financial savings to the association). Other judges throughout Alberta also volunteered to sit for me. For all of this support and assistance, I express my deepest appreciation and thanks. Your actions speak louder than words.

There is another special person who deserves recognition and praise for making my life much more pleasant and happy. My wife, Mariette, has accompanied me on most of my travels. Not only has she been wife and

companion, but has often acted as medical adviser, secretary and interpreter (especially in translating my articles into French for The Journal). Thank you very much Mariette, you've made me very happy and proud and my life much easier!

No monetary remuneration or honorarium is paid to the President. However, the President receives something far more valuable from having served in office. It is more than the experience and lessons learned from good and bad events. In part, it is sharing the challenge and vision, and working with others to accomplish meaningful goals. Most important however, is meeting and enjoying the friendship and achievements of highly respected colleagues. Mariette and I are rich from values of our friends with whom we have found so many meaningful good times:

What is a friend?
One who is LOYAL,
One who CARES,
One who is TRUSTWORTHY,
One who is HONEST, and
One who is FUN TO BE WITH

Thank you very much for your friendship!
You've made it a great year for us!

All of which is respectfully submitted,

Ronald A. Jacobson
President
Canadian Association of
Provincial Court Judges

Chateau Frontenac
Quebec City, Quebec
September 10, 1990

Document: 860-265/009

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES

Rapport du Président

QUÉBEC (Québec)
Du 12 au 15 septembre 1990

VEUILLEZ NOTER

Ce document est distribué par le Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes (SCIC) à des fins éducatives et informatives seulement. Il est interdit de l'utiliser à mauvais escient, de le vendre ou de s'en servir à des fins commerciales. Il est également interdit d'en reproduire le contenu pour des fins autres que l'éducation ou l'information, à moins d'avoir obtenu au préalable l'autorisation du SCIC.

Centre de documentation intergouvernementale (CDI)
C.P. 488, succursale "A"
Ottawa (Ontario) K1N 8V5

RAPPORT DU PRÉSIDENT
À LA CONFÉRENCE ANNUELLE DE 1990
DE L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DE COURS PROVINCIALES

Au cours de l'exercice 1989-1990, le Comité exécutif et moi-même avons tenté d'établir des bases solides sur lesquelles l'Association canadienne des juges de cours provinciales (ACJCP) pourra remplir ses obligations relatives à l'administration de la justice. De nos jours, l'ACJCP doit effectuer ses tâches traditionnelles, tout en faisant face à de nouveaux défis et obligations qui changent constamment. Nous tentons entre autres de nous assurer une collaboration importante et précieuse aux échelons fédéral, provincial et territorial, avec les gouvernements, ainsi que les organismes gouvernementaux et extérieurs, tels que l'Association du Barreau canadien.

La raison d'être et le rôle changeant de l'ACJCP sont résumés dans le numéro de juin 1989 de The Journal, vol. 13, n° 3. Dans le but de garantir l'indépendance du corps judiciaire et de promouvoir l'administration appropriée de la justice, nous avons tenté, depuis le mois de septembre dernier :

a. De mettre l'accent sur l'importance d'une éducation juridique constante sous les auspices de notre Collège canadien de la magistrature, en collaboration avec le Centre canadien de la magistrature.

b. De créer et maintenir une relation de travail efficace avec tous les gouvernements et en particulier, dans le processus consultatif, avec le ministère de la Justice du Canada. En effet, le ministère de la Justice est une ressource fiable, si l'on se fie à l'expérience du système de nos magistrats, et un conseiller éclairé, comme en témoigne le rôle fondamental de nos tribunaux dans l'administration de la justice. Cette démarche a exigé que nous établissions des voies de communications et des modalités de collaboration efficaces et rentables.

c. De reconnaître que, si chaque province et territoire se sont dotés de leur propre milieu et identité juridiques, sociaux et économiques, il est impossible de négliger l'identité de fait et constitutionnelle qui existe dans l'ensemble du Canada, notre pays à tous. il convient à la fois de promouvoir et de réconcilier les différences nationales et régionales.

d. De faire en sorte que tous ceux qui s'intéressent à l'administration de la justice gardent en mémoire la

nécessité de protéger les trois éléments essentiels de l'indépendance du corps judiciaire, tels que déterminés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Valente :

(1) Droit au maintien dans les lieux
(2) Sécurité financière
(3) indépendance du système en ce qui concerne les questions administratives qui ont un rapport direct avec l'exercice de la magistrature.

e. D'assurer toutes les fonctions et opérations nationales de l'ACJCP dans les deux langues officielles.

Nous venons de vivre une année pleine de surprises. Nous avons connu certains succès, mais nous avons également subi des revers. Néanmoins, tout le monde a fait de son mieux. Je tiens à exprimer la fierté et le bonheur que je ressens d'avoir eu l'occasion de travailler avec un si grand nombre de personnes remarquables au cours de l'année où j'ai exercé la présidence. À tous, et particulièrement à vous, magistrats partout au Canada, je désire communiquer le plaisir que j'ai eu à servir en votre nom.

À la suite de la conférence annuelle d'Edmonton, il semblait que les programmes de notre Collège canadien de la magistrature avanceraient très rapidement. Le juge Campbell avait vu affecter 50 pour cent de son temps comme directeur du Collège canadien de la magistrature et du Western Judicial Education Centre (WJEC). Nous entretenions l'espoir que le projet proposé sur la neutralité des sexes du WJEC (une étude de deux ans) serait approuvé, financé et mis en oeuvre au 1er janvier 1990. Nous espérions en outre qu'il pourrait se servir du succès des projets antérieurs du WJEC à l'avantage du Centre canadien de la magistrature. Malheureusement, l'affectation du temps du juge Campbell a été changée; les séries d'ateliers du WJEC ont été menacées; le financement nécessaire au projet de neutralité des sexes ne s'est pas matérialisé et, pour diverses raisons, il a fallu procéder à des discussions en profondeur avec le Centre canadien de la magistrature. Le séminaire régional de la région de l'Atlantique n'a pas eu lieu en 1990.

Cette situation a débouché sur une crise. Néanmoins, grâce à la bonne volonté et au concours de nombreux autres intervenants, et à sa propre détermination, le juge Doug Campbell a persisté et a réussi à solutionner la plupart des problèmes qui se sont manifestés.

En conséquence, l'atelier du WJEC qui s'est tenu au Lac Louise a été un succès retentissant. Le thème de cet atelier sera poursuivi en juillet 1991, à Yellowknife, dans les Territoires du Nord-Ouest. Le financement nécessaire est maintenant disponible pour une étude d'un an sur le projet sur la

neutralité des sexes, sous la direction du juge Gary Cioni. Les résultats de cette étude seront le sujet de l'atelier de 1991 du WJEC et constitueront probablement la base d'une conférence nationale en 1992.

Pendant que nous étions à Edmonton, j'ai mis au courant le Procureur général adjoint de l'Alberta des activités de l'ACJCP. Peu de temps après, il a été nommé à la cour du Banc de la Reine. Son successeur n'a été nommé qu'au début de 1990.

Au moment où nous quittions Edmonton, on s'attendait à ce que plusieurs provinces légifèrent sur de nouvelles formules de compensation pour les salaires et les pensions. On a enregistré des progrès dans certaines provinces, mais on a été déçu dans d'autres cas. En outre, nous avons été mis au courant du plafond que le gouvernement fédéral proposait d'imposer sur les pensions. Il est évident qu'il nous reste beaucoup de chemin à parcourir avant que ne soit garanti le degré approprié de sécurité financière à l'échelon des cours provinciales.

Ainsi, au moment de la conclusion de la réunion d'Edmonton, il semblait que notre objectif principal était de rencontrer les fonctionnaires du ministère de la Justice du Canada pour les convaincre d'accroître la contribution du Ministère à notre association, conformément aux discussions tenues à Ottawa en janvier 1989. Il est vital que nous obtenions cette augmentation de fonds pour que l'ACJCP réussisse à mener à bien toutes ses entreprises.

En conséquence, notre directeur exécutif a renouvelé nos soumissions et le 29 novembre 1989, j'ai écrit une longue lettre à Doug Lewis, ministre de la Justice à l'époque, l'enjoignant à nous rencontrer et à entamer des consultations. La responsabilité de la réponse a été finalement dévolue à Paul Lordon, Avocat général, Affaires judiciaires et Politique de droit administratif, ministère de la Justice. Il a confirmé notre rôle et a recommandé un nouveau processus de financement de l'ACJCP.

Le progrès et les activités de notre association ont été retardés parce que nous n'avons pas de secrétariat, ni de personnel à plein temps pour aider à la planification et à la mise en oeuvre de nos politiques. Les tâches sont en grande partie dévolues à une seule personne, soit le directeur exécutif. Le juge en chef adjoint Keith Libby a été une source constante d'inspiration et de soutien, un guide et un critique précieux. Outre ses valeurs personnelles et son travail acharné, sa grande connaissance de l'ACJCP a été essentielle pour notre organisme. Les mots ne suffisent pas à décrire sa valeur et ses contributions. Ses succès sont trop souvent relégués à l'arrière-plan, voire aux oubliettes, précisément à cause de l'excellent travail qu'il effectue. Merci, Keith!

Notre constitution stipule qu'à l'assemblée générale annuelle, le président doit présenter son rapport des activités de l'association au cours de la période où il a exercé la présidence. Dans le rapport de cette année, je passe en revue les activités du président, et je donne un aperçu général des activités de l'association. Les détails de ces activités proviennent des procès-verbaux des réunions de l'association et des rapports extraordinaires des présidents des comités.

Au cours de l'année qui vient de s'écouler, j'ai visité la plupart des associations provinciales dans le cadre de leurs conférences annuelles. J'ai également rencontré en personne de nombreux agents de l'exécutif des provinces et des territoires à plusieurs occasions. Malheureusement, je n'ai pas pu assister aux réunions annuelles de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest.

J'ai toutefois pu visiter trois provinces maritimes. J'ai eu une longue rencontre avec le juge Gerry Fitzgerald à Charlottetown. Le juge en chef Thomson et lui-même ont confirmé leur intérêt et leur appui envers l'association nationale. À leur demande, l'Île-du-Prince-Édouard demeure membre de l'ACJCP.

Au cours du même voyage, l'association du Nouveau-Brunswick a organisé un déjeuner à mon intention en compagnie de Wayne Chapman, C.R., le nouveau président de l'Association du Barreau canadien. Il m'a assuré de son appui personnel à l'égard du principe de la magistrature unifiée.

À l'occasion de la réunion en Nouvelle-Écosse, je me suis entretenu avec le juge Bruce Le Grow des préoccupations de Terre-Neuve. Le juge en chef adjoint Libby a représenté l'ACJCP à la réunion du Nouveau-Brunswick en juillet dernier.

Voici la liste des autres déplacements et activités relatifs à l'ACJCP :

1. <u>Calgary, le 10 octobre 1989</u>

   Le Centre canadien de la magistrature a organisé une réunion des organismes actifs dans le domaine de l'éducation juridique, dont le Conseil canadien de la magistrature, l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, l'Institut canadien d'administration de la justice, et l'ACJCP. Voici ce qu'il a été conclu au cours de cette réunion :

   a. Élaboration d'un calendrier principal de toutes les activités du corps judiciaire.

b. Distribution du Bulletin à tous les magistrats canadiens.

c. L'ACJCP peut être fière de ses normes élevées en matière d'éducation et de ses succès dans ce domaine.

d. Les organismes tentent d'éviter le dédoublement et de tirer profit le plus possible des ressources disponibles à tous les niveaux du corps judiciaire.

2. Ville de Québec, les 20 et 21 octobre 1989

a. C'était une conférence bien organisée, dont l'auditoire était nombreux.

b. Les magistrats présents se sont levés pour applaudir le juge en chef Claude Bisson pour son appui public de la Cour du Québec ainsi que ses travaux en vue de la réalisation de l'objectif de la sécurité financière.

3. Winnipeg, Manitoba, du 26 au 28 octobre 1989

a. Le gouvernement du Manitoba et le Procureur général de cette province, Jim McRae, ont donné le bon exemple en adoptant la nouvelle loi relative à la cour provinciale et en honorant dans l'esprit le nouveau système avant même que la loi n'entre en vigueur.

b. Le samedi suivant la conférence, le juge Norton et moi-même avons rencontré Sheldon Pinx, agent de liaison de l'ABC avec l'ACJCP. Nous avons discuté d'une vaste gamme de sujets.

c. Le système juridique du Manitoba accorde la priorité la plus élevée à une éducation juridique soutenue, par le truchement d'une série de séminaires de deux jours.

4. Vancouver, du 23 au 25 novembre 1989

Conférence annuelle de l'association des juges provinciaux de la Colombie-Britannique :

a. Le Procureur général a annoncé qu'en vertu du programme d'accès à la justice, les juges et les cours seraient capables de mettre à profit les développements technologiques les plus récents, tels que les ordinateurs personnels, et que le gouvernement rendrait le système juridique davantage accessible, compréhensible, fiable, pertinent et efficace.

b. À la suite de l'entrée en vigueur d'une directive spéciale relative à la retraite, la Colombie-Britannique pourrait nommer 35 nouveaux juges en 1990.

5. Le 15 décembre 1989

J'ai mandaté le juge Campbell pour procéder à un examen en profondeur du Collège canadien de la magistrature et d'élaborer des projections sur son avenir.

6. Décembre 1989

Il a fallu trois jours pour mener une consultation téléphonique dans tout le pays avec les agents, représentants provinciaux et présidents des associations sur la possibilité d'instituer un programme relatif aux nouveaux juges en Colombie-Britannique; d'obtenir l'approbation de la politique visant à habiliter les provinces hôtes à organiser leurs conférences annuelles conjointement avec celles de l'ACJCP; de procéder à une mise à jour sur les questions éducatives; de recevoir les nouvelles locales; et d'échanger des voeux des Fêtes.

7. Ville de Québec, du 7 au 19 janvier 1990

Trois réunions ont eu lieu pendant le cours de français :

a. sur la Conférence de 1990 - les juges Ken Page, Yvon Mercier, Louis Rémillard et moi-même;

b. sur le Centre canadien de la magistrature et des intérêts de l'ACJCP et de ses membres;

c. sur le 8^{e} Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des contrevenants - j'ai discuté avec des représentants du ministère de la Justice du rôle consultatif de l'ACJCP et nous avons dressé les plans d'une réunion consultative à Ottawa.

8. Ottawa, du 21 au 26 janvier 1990

a. J'ai assisté au séminaire du Centre canadien de la magistrature sur la gestion du flot des cas, au cours duquel le juge principal Darlene Wong d'Edmonton et le juge principal Charles Scullion ont décrit deux techniques très différentes de gestion du flot des cas, mais tout aussi efficaces l'une que l'autre.

b. J'ai rencontré le juge Marshall et Paul Lordon à plusieurs reprises, pour discuter de nombreux sujets :

(1) le Centre canadien de la magistrature et le Western Judicial Education Centre;
(2) ma lettre au ministre de la Justice en date du 28 novembre 1989, dans laquelle j'exprimais la

nécessité d'une réunion et de la discussion d'un ordre du jour de 17 articles;

(3) une nouvelle structure fédérale de financement de l'ACJCP.

c. Secrétariat d'État - contrat bilingue. Je me suis penché avec Denis Cuillerier sur notre rôle et la nécessité d'un marché approprié de services bilingues. Nous avons ensuite rencontré le juge Libby pour clore cette question.

d. Le 25 janvier - rencontre avec le Solliciteur général du Canada, l'honorable Pierre Blais, concernant notre rôle consultatif.

9. Lethbridge, le 30 janvier 1990

Brève rencontre avec John Jennings, président de l'Association du Barreau canadien.

10. Le 2 mars 1990

À la demande des juges en chef de l'Ouest, j'ai envoyé une lettre au Centre canadien de la magistrature, dans laquelle je suggérais que le juge Campbell continue d'occuper à mi-temps le poste de directeur du WJEC, et que l'autre moitié de son temps soit affectée dans l'Ouest du Canada en qualité de directeur adjoint du Centre canadien de la magistrature.

11. Edmonton, le 12 mars 1990

Réunion d'information en profondeur avec Neil McCrank, nouveau Procureur général adjoint de l'Alberta et Jack Klinck, représentant de cette province, le juge en chef Wachowich, le juge Dolores Hansen (vice-présidente de l'APJA) et moi-même, avant la réunion des Sous-ministres nationaux à Dorval. Nous avons passé en revue les rôles du juge en chef et de l'APJA en Alberta, la relation de l'APJA avec l'ACJCP, le financement, les rôles et les responsabilités (dont l'éducation, le Centre canadien de la magistrature et le WJEC).

12. Ottawa, vendredi, le 30 mars 1990

Séances d'information et de consultation pour les représentants de l'ACJCP et des fonctionnaires du ministère de la Justice sur des sujets choisis pour le 8e Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des contrevenants. Voici la liste des tâches précises dévolues à nos magistrats :

a. Justice pour les juvéniles — Juge Kirkland
b. Indépendance de la fonction

	judiciaire	Juge Bobowski
c.	Violence au foyer	Juge Kirkland
d.	Éducation juridique continue	Juge Campbell
e.	Détermination de la peine et solutions de rechange à l'emprisonnement	Juge Davis
f.	Rôle des avocats et des procureurs	Juge Mercier
g.	Informatisation de l'administration et du système de justice pénale	Juge Thomson
h.	Corruption	Juge Jacobson

Ce processus consultatif a produit des résultats très positifs et très bénéfiques, tant pour le ministère de la Justice que pour l'ACJCP.

13. Val Morin, Québec, du 30 mars au 6 avril 1990

Programme de formation des nouveaux juges de l'ACJCP, sous la direction du juge André Saint-Cyr :

a. J'ai participé à titre d'hôte, de personne-ressource, de travailleur et d'étudiant à la réception du président de l'ACJCP.

b. Les juges Marshall, Grenier, Libby, Saint-Cyr et moi-même avons discuté des préoccupations du Centre canadien de la magistrature et de l'ACJCP.

c. Discussions avec certains juges en chef du WJEC et du Séminaire régional de l'Atlantique.

d. Le 5 avril, j'ai participé, avec le juge en chef adjoint Libby et le juge Grenier, à une conférence de liaison avec les juges en chef à Val David. Il a été décidé que :

(1) Le programme de formation des nouveaux juges se poursuivra à Far Hills en 1991.
(2) Aucun programme particulier pour les nouveaux juges ne sera institué en Colombie-Britannique.

Nous avons également discuté :

(1) du rôle du Centre canadien de la magistrature et de ses frais d'exploitation;
(2) du Séminaire régional de l'Atlantique et des programmes de rechange dans les Provinces maritimes.

14. Montréal, du 6 au 8 avril 1990

Réunion du printemps du comité exécutif de l'ACJCP :

a. Les invités spéciaux étaient Anne-Marie Krahn, sous-ministre adjoint de la Justice, Droit Civil et Paul Lordon. Le lendemain, le juge Marshall a résumé les activités du Centre canadien de la magistrature.

b. On a inauguré une nouvelle structure pour les réunions. Suivant le dépôt de tous les rapports, la séance a été ajournée pour le caucus des juges provinciaux et les discussion du comité du budget.

c. Le juge Pamela Thomson a été élue au poste de directeur exécutif adjoint.

d. On a mandaté le président et le directeur exécutif, mais pas les représentants, à soumettre un rapport mensuel à tous les membres du comité exécutif, y compris le président.

15. Halifax, Charlottetown, St. John, et Halifax, du 21 au 29 avril 1990

a. Île-du-Prince-Édouard - discussions avec le juge en chef Thompson et le juge Fitzgerald, au cours desquelles ces derniers ont confirmé la nécessité de l'ACJCP, ainsi que leur intérêt et leur appui envers notre organisme.

b. Nouveau-Brunswick - déjeuner avec Wayne Chapman, Q.C., nouveau président de l'ABC, et certains juges de St. John, au cours duquel nous avons discuté du principe de la magistrature unifiée.

c. Halifax, du 25 au 28 avril : conférence semi-annuelle des juges provinciaux de la Nouvelle-Écosse et séminaire éducatif :

(1) Les membres de la tribune ont traité du principe de la magistrature unifiée.

(2) La Nova Scotia Barristers' Society a fortement suggéré que l'on procède à une évaluation du corps judiciaire.

(3) Le juge Grenier et moi-même avons rencontré le professeur Bill Charles, président du groupe de travail de la Nouvelle-Écosse sur la structure des tribunaux, et nous avons discuté du principe de la magistrature unifiée et des systèmes qui s'y appliquent.

16. Lac Louise, Alberta, du 11 au 18 mai 1990

Atelier de 1990 du Western Judicial Education Centre de l'ACJCP, combiné avec le séminaire éducatif annuel de l'Association des juges provinciaux de l'Alberta.

a. Débutant par une séance de formation d'une journée pour les personnes-ressources, ce séminaire à plusieurs volets a traité :

(1) des questions relatives aux autochtones;
(2) des questions d'égalité des sexes;
(3) de la nouvelle loi.

b. À ma demande, mais grâce à l'ingéniosité du juge Campbell, la plupart des agents de l'ACJCP ont assisté en qualité de personnes-ressource. Toutes les provinces étaient représentées par des étudiants. Nous avons pu organiser plusieurs réunions importantes, parce que toutes les provinces étaient représentées tant par des étudiants que par les agents de l'association, et parce que les représentants de l'ACJCP ont participé :

(1) ACJCP - Le juge principal Scullion et le juge Davis formeront un comité pour étudier la possibilité de procéder à un examen du corps judiciaire. On a également traité des développements régionaux et du Centre canadien de la magistrature.

(2) Centre canadien de la magistrature, Collège canadien de la magistrature, WJEC : réunion extraordinaire à laquelle ont assisté le juge W.A. Stevenson, le juge Marshall, le six juges en chef de l'Ouest, les juges Page et Grenier et moi-même. Il a été décidé ce qui suit :

(a) Les juges en chef de l'Ouest ont confirmé leur engagement envers le WJEC et ils prendront les dispositions nécessaires pour que le juge Campbell continue à en assumer le poste de directeur.

(b) Le juge Marshall doit achever son «Plan Marshall» et le soumettre à l'ACJCP.

(c) Le juge Grenier doit, au nom du Centre canadien de la magistrature, rencontrer le juge en chef adjoint Libby pour achever le protocole d'entente entre l'ACJCP et le Centre canadien de la magistrature, et les répercussions pratiques du «Plan Marshall».

(d) Le juge Page et le juge Marshall doivent recueillir des renseignements supplémentaires sur les coûts relatifs à la création du poste de directeur adjoint du Centre canadien de la magistrature, et le juge Page formulera des recommandations visant l'abandon du système de

mutation temporaire, dont les coûts sont défrayés par les provinces seules.

(e) Les activités doivent être achevées le plus tôt possible; le cas échéant, les discussions finales devront avoir lieu à Québec lors de la conférence annuelle de l'ACJCP.

(3) Discussions sur le financement du programme de formation des nouveaux juges de l'ACJCP avec le juge Saint-Cyr et le juge en chef Libby.

(4) Conférences téléphoniques avec les juges Rémillard et Mercier et réunions en vue d'inviter la ministre de la Justice à assister à la conférence annuelle, qui aura lieu à Québec.

(5) Au cours de discussions sur le Séminaire de la région de l'Atlantique, il a été décidé que dès leur retour aux Maritimes, le juge Pérusse, aidé du juge Fowler prendront les mesures finales pour réorganiser la structure du Séminaire.

17. London, Ontario, du 22 au 26 mai 1990

L'Association des juges des cours criminelles provinciales de l'Ontario

a. Ian Scott, Procureur général de l'Ontario, a parlé de l'avancement de ses travaux visant la magistrature unifiée en Ontario. Il a reconnu que des difficultés surgiraient au cours de la Phase II et a mis tous les juges des cours provinciales au défi de démontrer leur valeur et leur compétence, par leur rendement et leur participation, plus particulièrement en collaborant plus étroitement avec le Barreau canadien, la société de droit provinciale et les associations de barreau locales.

b. L'honorable Fred C. Hayes, qui est maintenant juge de la Cour de district, ancien membre de l'ACJCP, et un ami qui contribue de longue date au succès de notre Programme de formation des nouveaux juges (en qualité d'animateur de discussions et de professeur du cours «Déroulement du procès») a été nommé membre honorifique de l'Association de l'Ontario. Fred, et sa femme Betty, ont été le centre d'une expression de gratitude et d'appréciation émouvante et significative.

c. Au cours d'une conférence téléphonique, le juge Harry Keenan nous a mis au courant du problème des responsabilités d'erreur et d'omission et de

l'assurance médicale contre les maladies graves et les désastres.

18. Saskatoon, Saskatchewan, du 31 mai au 2 juin 1990

Il s'agissait de la première réunion conjointe de l'Association des juges des cours provinciales de la Saskatchewan et de la Law Society of Saskatchewan depuis 25 ans. Conjointement avec la Continuing Legal Education Society, les juges ont produit un excellent vidéo à l'intention des nouveaux avocats et ce, à un coût extrêmement bas. il envisagent maintenant de nouveaux défis.

19. Le 15 juin 1990

Lors d'une réunion des ministres responsables de la Justice aux échelons fédéral, provincial et territorial, ces derniers ont consenti à former un groupe de travail présidé par Elaine Doleman, du Nouveau-Brunswick, qui proposera des façons de promouvoir l'égalité des sexes dans le système juridique. On organisera également une conférence sur les femmes dans le système juridique. Le juge Campbell a contacté Susan Christie, Analyste de politique principale, Direction générale de la Politique, ministère de la Justice, et a fait des réservations provisoires au Château Lac Louise du 29 avril au 3 mai 1992, au nom du Comité du WJEC sur la neutralité des sexes.

20. Le 18 juin 1990

La ministre de la Justice a invité l'ACJCP à participer à l'examen en cours des Dispositions générales du Code criminel.

21. Chicoutimi, le 15 août 1990

Tirant profit du grand nombre de juges des cours provinciales et territoriales présents au cours de formation en français (dont un bon nombre sont des membres actifs de leurs associations provinciales et de l'ACJCP), nous avons organisé une séance extraordinaire pour examiner l'ordre du jour de la Conférence nationale et discuter du processus par lequel les membres du conseil d'administration du Centre canadien de la magistrature choisissent les directeurs adjoints parmi les juges des cours provinciales.

22. Kananaskis, du 5 au 8 septembre 1990

Conférence annuelle de l'association des juges des cours provinciales de l'Alberta.

Nous pouvons résumer comme suit les activités de l'ACJCP pour l'exercice 1989-1990, en nous fondant sur l'examen

susmentionné, les rapports soumis à la présente réunion, les dossiers de notre association et, nous l'espérons, vos connaissances personnelles :

a. Les programmes de formation juridique continue entrepris par nos magistrats et leurs associations ont connu du succès et été bénéfiques dans toutes les provinces ainsi qu'à l'échelon national. Le Programme de formation des nouveaux juges était excellent et il a coûté beaucoup moins cher que prévu. Le WJEC a continué de jouer le rôle de leader en matière de programmes innovateurs et d'étude des questions d'égalité des sexes dans le système juridique. En dépit du fait que le Séminaire régional de l'Atlantique n'ait pas eu lieu, on a pris des mesures efficaces en vue de créer une nouvelle structure et favoriser les attitudes positives. Le thème et la composante éducative de la conférence annuelle de cette année, «Le magistrat au 21e siècle» met l'accent sur le besoin qui existe au sein du corps judiciaire de se donner une vision, de faire preuve de dévouement et de définir des objectifs communs.

   Nos tribunaux et notre association ont été bien représentés au Conseil d'administration du Centre canadien de la magistrature, plus particulièrement grâce aux efforts des juges Page, Hayes et Carey. En sa qualité de directeur adjoint, le juge Grenier a continué d'apporter une contribution importante aux activités de ce Centre.

b. Nous avons partiellement réussi à établir des voies de communications efficaces avec le ministère fédéral de la Justice. En particulier, nous plaçons nos espoirs et notre confiance en Paul Lordon, avocat général de ce ministère, à cause de ses conseils toujours judicieux et de sa collaboration constante. Malheureusement, nous n'avons pas eu l'occasion de travailler personnellement avec la Ministre. Il reste beaucoup à faire pour établir et maintenir une relation de travail efficace avec le gouvernement fédéral. Il convient également d'étudier la possibilité de rencontres à intervalles réguliers avec les sous-ministres de la Justice de tous les gouvernements.

   Nous avons également raffermi nos voies de communications et de collaboration avec :

   (1) les juges en chef;
   (2) le Centre canadien de la magistrature;
   (3) l'Association du Barreau canadien;

(4) la Commonwealth Magistrates' and Judges' Association;
(5) le Secrétariat d'État, au sujet des services bilingues;
(6) d'autres organismes qui s'intéressent à l'éducation juridique.

Le gouvernement fédéral a fait appel à notre rôle consultatif à titre de ressource ou d'organisme-conseil à l'égard des questions suivantes :

(1) le 8e Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des contrevenants;
(2) la détermination de la peine, le système correctionnel et les libérations conditionnelles;
(3) l'examen des Dispositions générales du Code criminel;
(4) les questions d'égalité des sexes au sein du système juridique.

c. Toutes les associations provinciales et territoriales sont dirigées avec fermeté et efficacité. Nous devons amener un certain nombre des nouveaux juges à oeuvrer également à l'échelon national. Il convient de surveiller de près la réforme de la structure des tribunaux dans les diverses provinces. L'intérêt public doit avoir la priorité sur toute autre considération.

d. On se préoccupe beaucoup des questions touchant l'indépendance du corps judiciaire. Le juge Bobowski a été très occupé à rédiger des études pour le 8e Congrès des Nations Unies; il a presque terminé une étude comparative des principes essentiels des Nations Unies par rapport à ceux de l'ACJCP, ainsi que des lois territoriales et provinciales. Malheureusement, certains représentants provinciaux ne lui ont pas encore communiqué leurs données.

Le principe de l'évaluation du corps judiciaire (plus particulièrement des juges des cours provinciales) semble gagner de l'intérêt à l'extérieur de la magistrature. Il faut se pencher sur les coûts et méthodes de mise en place et d'administration, et s'assurer qu'il n'existe aucun obstacle à l'objectif d'indépendance du corps judiciaire.

Il reste encore beaucoup à faire pour résoudre les questions relatives à la rémunération des magistrats et à la disponibilité de ressources dans les tribunaux.

e. Grâce au concours financier du Secrétariat d'État, nous espérons que notre association commencera dès l'année prochaine à fonctionner entièrement dans les deux langues officielles. Nous espérons en particulier que la première étape sera de faire de la revue Journal une publication bilingue.

L'accomplissement des principes et de la vision prônés par l'ACJCP et de ses objectifs n'est pas seulement le résultat des efforts de l'association elle-même, ni de son comité exécutif, mais des travaux de tous nos juges travaillant de concert au sein de leurs associations respectives, et plus particulièrement en collaborant avec de nombreuses autres instances à l'extérieur des tribunaux et de l'ACJCP.

Outre les journées passées à voyager, la grande majorité des activités de nos associations consiste en des conversations téléphoniques placées par nos agents, ainsi que des envois par courrier et télécopieur. Toutes ces activités exigent du temps supplémentaire. Par conséquent, il faut être raisonnable lorsqu'on attribue des tâches à nos magistrats qui détiennent des postes clés à l'échelon national et provincial, et aménager leurs calendriers en conséquence.

Malheureusement, nous avons manqué de juges en Alberta au cours de l'année qui vient de s'écouler, et le gouvernement de cette province a tardé à en nommer de nouveaux. Il s'est produit à plusieurs reprises que nous n'avons eu ni le temps ni l'occasion de procéder comme je le souhaitais. Cependant, ce sont mes collègues dans le sud de l'Alberta, plus particulièrement à Lethbridge, qui ont souvent dû céder de leur temps de cabinet pour me permettre de me libérer. J'aimerais remercier et honorer d'une manière toute spéciale le juge en chef Wachowich, grâce auquel j'ai pu passer une semaine à Ottawa en janvier, puis de nouveau du 30 mars au 6 avril pour la réunion qui a eu lieu dans cette ville; enfin, j'ai pu assister au Programme de formation des nouveaux juges à Val Morin et à la réunion du comité exécutif à Montréal (qui a également permis à l'association d'économiser des sommes importantes). D'autres juges partout en Alberta se sont également portés volontaires pour me remplacer. Je tiens à vous exprimer ma gratitude la plus profonde et mes remerciements les plus sincères. Vos actions sont plus éloquentes que toute parole.

Je désire remercier de tout coeur une autre personne toute spéciale, qui m'a facilité la vie et l'a rendue plus agréable. Il s'agit de ma femme, Mariette, qui m'a accompagné au cours de la plupart de mes déplacements. Elle est non seulement mon épouse et ma compagne, mais elle a également souvent agi à titre de conseillère médicale, de secrétaire et d'interprète (en particulier, elle a traduit des articles du Journal en français).

Merci beaucoup, Mariette, tu m'as rendu fier, heureux, et tu m'as beaucoup facilité la vie.

Le Président ne reçoit ni rémunération ni honoraire. Cependant, il obtient quelque chose de beaucoup plus précieux en retour de son service. C'est plus que la somme d'expérience et de leçons qu'il a tirées des bons et mauvais moments. En partie, c'est le partage des défis et de la vision, et le travail avec d'autres en vue de l'accomplissement d'objectifs importants. Cependant, ce qui est le plus important, c'est de rencontrer des collègues distingués, de jouir de leur amitié et de partager leurs succès. Mariette et moi-même nous sommes enrichis des valeurs que nous ont communiquées nos amis avec lesquels nous avons connu de si bons moments :

Qu'est-ce qu'un ami?
C'est une personne LOYALE,
Une personne ATTENTIONNÉE,
Une personne FIABLE,
Une personne HONNÊTE
Une personne AVEC QUI IL FAIT BON ÊTRE.

Je vous remercie de l'amitié que vous m'avez accordée!
Vous nous avez permis de vivre une année fantastique!

Rapport soumis respectueusement

Ronald A. Jacobson
Président
Association canadienne
des juges de cours provinciales

Château Frontenac
Québec, Québec
le 10 septembre 1990

Document: 860-265/010

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION
OF PROVINCIAL COURT JUDGES

Some Observations on Judicial Interpretation of the Rights Guaranteed in the Charter of Rights in the Supreme Court of Canada

W.S. Tarnopolsky

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

PLEASE NOTE

This document is made available by the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat (CICS) for education and/or information purposes only. Any misuse of its contents is prohibited, nor can it be sold or otherwise used for commercial purposes only. Reproduction of its contents for purposes other than education and/or information requires the prior authorization of the CICS.

Intergovernmental Document Centre
P.O. Box 488, Station A
Ottawa, Ontario K1N 8V5

31 August, 1990

SOME OBSERVATIONS ON JUDICIAL INTERPRETATION OF THE RIGHTS GUARANTEED IN THE CHARTER OF RIGHTS IN THE SUPREME COURT OF CANADA

© W. S. Tarnopolsky

S.2 Everyone has the following fundamental freedoms:
(a) freedom of conscience and religion ...

(i) Freedom of religion has both a negative and a positive quality; it is freedom from governmental coercion and the positive freedom to manifest the beliefs and practices of one's own faith.

-Sunday Closing
R. v. Big M Drug Mart, [1985] 1 S.C.R. 295 at 336-38 and 344-51

R. v. Edwards Books, [1986] 2 S.C.R. 713 at 752-68

-Compulsory School Attendance, with alternatives for private schools, requiring only proof of "efficient instruction" does not offend freedom of religion
Jones v. The Queen, [1986] 2 S.C.R. 284 at 310-15

(ii) Freedom of religion and freedom of conscience are not tautological -- they are two separate rights and, despite preamble, s.2(a) protects fundamental non-religious moral values.

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30 at 178-79, per Wilson J.

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of expression

(i) Expression generally -- representative democracy is based on it.
RWDSU v. Dolphin Delivery, [1986] 2 S.C.R. 573 at 583-86 - includes picketing and so not restricted to political expression

Ford v. Quebec (A.G.), [1988] 2 S.C.R. 712 - ditto

Irwin Toy v. Quebec, [1989] 1 S.C.R. 927 - ditto

Ref. re ss.193 and 195.1(1)(c) CC. (Prostitution Reference) unreported, released May 1990 - ditto

(ii) The first step in the s.2(b) analysis is to determine whether the activity which the plaintiff wishes to pursue comes within "freedom of expression". The second step is to determine whether the purpose or effect of the government action in question was to restrict freedom of expression.

Irwin Toy v. Quebec, [1989] 1 S.C.R. 927 at 967 and 971

Royal College of Dental Surgeons v. Rocket, released 21 June 1990 at 12-13

(iii) Activity is expression if it attempts to convey meaning. Activity cannot be excluded from the scope of the guarantee of free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. While all content of expression is protected, some forms of expression, such as violence, are not protected.

Irwin Toy v. Quebec, supra at 968-69

(iv) Expression may include picketing
RWDSU v. Dolphin Delivery, [1986] 2 S.C.R. 573 at 586-88

B.C.G.E.U. v. B.C. (A.G.), [1988] 2 S.C.R. 214 at 244-45

(v) S.442(3) C.C. providing for mandatory banning of any publication identifying the victim of sexual assault upon such victim's application, contravenes freedom of the press, but is a reasonable limit within s.1

Canadian Newspapers Company Ltd. v. Canada (A.G.), [1988] 2 S.C.R. 122 at 129

(vi) S.30 of the Alberta Judicature Act, which prohibits the publication of any detail relating to matrimonial proceedings other than the names, addresses and occupations of the parties and witnesses violates s.2(b) and is not justifiable under s.1.

The Edmonton Journal v. Alberta (A.G.) (1990), 102 N.R. 321 at 334-35 and 344-45, per Cory J.

(vii) Includes one's choice of language

Ford v. Quebec (A.G.), [1988] 2 S.C.R. 712

Devine v. Quebec (A-G), [1988] 2 S.C.R. 790

(viii) Includes "commercial" speech

Ford v. Quebec (A.G.), supra, at 767

R. v. Skinner, unreported, 31 May, 1990 at 8 -- communication for purposes of prostitution

Royal College of Dental Surgeons v. Rocket, supra, at 8 -- includes advertising

(ix) If the government controls attempts to convey a meaning, its purpose or effect trenches upon freedom of expression; if it controls only the physical consequences of particular conduct, its purpose or effect does not trench upon the guarantee.

Irwin Toy v. Quebec, supra at 976

(x) Scheme for reimbursement of election expenses under Manitoba Elections Finances Act does not violate s.2(b). It does not prohibit taxpayers from expressing their beliefs.

Mackay v. Manitoba, [1989] 2 S.C.R. 357 at 366-67 per Cory J.

(xi) An adjudicator's order that an employer answer any reference inquiry respecting a former employee exclusively by sending a specified letter infringes s.2(b) of the Charter, but is saved by s.1.

Slaight Communications Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038 at 1030 and 1057, per Lamer J.

(d) freedom of association

(i) Freedom of association protects the right to join with others in lawful, common pursuits and to establish and maintain such organizations. It also protects the collective exercise of individual constitutional rights (e.g. religion or group advocacy) from governmental interference (see Dolphin Delivery). Further, freedom of association guarantees the right to do collectively whatever one may lawfully do alone, but it gives no higher rights to collective, as opposed to individual, activity.

-Generally

Re Public Service Employment Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313 at 399-409

P.I.P.S.C. v. N.W.T. (Commissioner), released 16 August, 1990

(ii) -Does not include Collective Bargaining and the Right to Strike

Re Public Service Employment Relations Act, supra, at 409-20, esp. 413

P.S.A.C. v. Canada, [1987] 1 S.C.R. 424 at 462-53

R.W.D.S.U. v. Saskatchewan, [1987] 1 S.C.R. 460 at 484 (Dickson C.J.C. disagreed, but upheld a statutory strike ban under s.1 -- Wilson J. dissenting)

P.I.P.S.C. v. N.W.T. (Commissioner), supra

(iii) -Does not include associating for purposes of prostitution

R. v. Skinner, supra at 7-10

S.6(1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

(i) Extraditing a Canadian citizen constitutes an infringement of s.6(1), but is a reasonable limit under s.1, even though the crime was committed in Canada and the accused was a Canadian citizen.

U.S. v. Cotroni and El Zein, [1989] 1 S.C.R. 1469 at 1480-1482

S.6 (2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(a) to move to and take up residence in any province; and

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

(i) Section 6(2) protects the right of a citizen or permanent resident to move about the country, to reside where he or she wishes and to purse his or her livelihood without regard to provincial boundaries.

Black v. Law Society of Alberta, [1989] 1 S.C.R. 591 at 620

ii) Section 6(2)(b) contains a "mobility element" and therefore does not guarantee a free-standing right to work in any province.

Law Society of Upper Canada v. Skapinker, [1984] 1 S.C.R. 357 at 377-83

But the mobility element need not be a regular or prominent component.

Black v. Law Society of Alberta, supra at 617

The mobility element in para.(b) does not go so far as to require a person to become a resident of a province before he or she has a right to gain a livelihood there. Section 6(2)(b) protects the right to work in another province without taking up residence there.

Black v. Law Society of Alberta, supra at 619-20

Section 6(2)(b) guarantees the right to pursue the livelihood of one's choice to the extent and subject to the same conditions as residents of the province.

Black v. Law Society of Alberta, supra at 618

S.7 Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

(i) Construction of the section: relationship between "life, liberty and security of the person" and "the principles of fundamental justice" -- three separate and distinct elements of one right.

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486 at 500, and 511-13

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30 at 52, per Dickson C.J. and at 89, per Beetz J. -- both quoting the earlier cases of Singh and B.C.M. v. Act

(ii) Nature of interests embraced by "life, liberty and security of the person"

Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177 at 204-212 esp. 204-207 per Wilson J. (3:3)

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486 at 500

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30 at 53-63, esp. pp.56-63, per Dickson C.J., at 81-105, summary at 81-82, per Beetz J. and at 164-174 per Wilson J.

R. v. Cornell, [1988] 1 S.C.R. 464 at 477-78 -- may overlap equality rights, but not before 17 April, 1985

(iii) Liberty does not equal the right to transact business whenever one wishes

Edwards Books, supra at 786 per Dickson C.J.C.

(iv) Need not determine whether substantive justice violated where there is a violation of procedural justice

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30 at 53, per Dickson C.J.

(v) Principles of fundamental justice

- principles of fundamental justice found in basic tenets of judicial system and other components of legal system

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486 at 512

R. v. Beare, [1988] 2 S.C.R. 387 at 402 -- finger printing does not contravene s.7

R. v. Hebert, unreported, released 21 June, 1990, at 7-9 -- good review and summary

(vi) - procedural fairness

Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177 at 212-13 per Wilson J. (3:3)

R. v. Lyons, [1987] 2 S.C.R. 309 at 354, 362 per La Forest J. -- indeterminate sentence for a dangerous offender does not contravene s.7 - do not need the most favourable procedures imaginable

An unbiased tribunal, knowledge of the case to be answered by the person whose life, liberty or security

is in jeopardy, a fair opportunity to answer, and a decision reached on the basis of the material in support of the case and the answer made to it, are features of a standard of procedure that would satisfy this section.

Re Howard and Presiding Officer of Inmate Disciplinary Court of Stony Mountain Institution (1985), 19 C.C.C. (3d) 195 at 209 per Thurlow C.J., appeal quashed on grounds of mootness 79 N.R. 350 (S.C.C.)

Use at trial of evidence at preliminary inquiry where witness unwilling or unable to testify at trial, does not contravene s.7 or s.11(d)

R. v. Potvin, [1989] 1 S.C.R. 525 at 540-47, per Wilson J. -- but it is an error of law, contrary to s.643(1) C.C. not to warn jury of its use

An injunction does not violate s.7 solely because it is granted ex parte

B.C.G.E.U. v. B.C. (A.G.), supra, at 245 per Dickson C.J.C.

An accused must be tried and punished under the law in force at the time the offence is committed

R. v. Gamble, [1988] 2 S.C.R. 595 at 647 per Wilson J.

(vii) - substantive fundamental justice

Re B.C. Motor Vehicle Act, supra, at 501-4, 511-3 -- cannot provide for absolute liability and imprisonment

R. v. Lyons, [1987] 2 S.C.R. 309 at 327 per La Forest J. -- indeterminate sentence not contrary

R. v. Vaillancourt, [1987] 2 S.C.R. 636 at 651-52 - summary of basic principles

Canada v. Schmidt, [1987] 1 S.C.R. 500 at 518, 522, 527, 529 -- extradition could contravene s.7, but not in this case, not fact of extradition, but could be extradition where procedures shock conscience

Argentina v. Mellino, [1987] 1 S.C.R. 536 at 550

R. v. Beare, supra, 402-3 -- finger printing does not contravene

R. v. Hebert, supra, at 34-6 and 41 -- principles of fundamental justice include the right to silence, subject to limits

(viii) Vagueness is contrary to principles of fundamental justice

Prostitution Reference, supra, at 11-12 per Dickson C.J.C.; at 10-24 per Lamer J.; and 23-24 per Wilson J.

(ix) "Substantive fundamental justice" and the doctrine of mens rea

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486 at 513, 514, 515* - cannot have an absolute liability offence and punishment of imprisonment

R. v. Vaillancourt, [1987] 2 S.C.R. 636 at 652-54 -- it may be that s.7 requires subjective foresight but s.213(d) Criminal Code does not even meet objective foreseeability

(x) Only human beings can enjoy s.7 rights except, semble, in defence to a criminal charge (Re Big M , supra)

Irwin Toy, supra at 1004

Dywidag Systems v. Zutphen Brothers, [1990] 1 S.C.R. 705 at 709

64 S.8 Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

(i) The interests protected by s.8 are wider than the property/trespass interests traditionally observed in Anglo-Canadian search law. Section 8 protects the individual's reasonable expectation of privacy.

Hunter v. Southam, [1984] 2 S.C.R. 145 at 158-60

(ii) The test of what is "reasonable" is a flexible one. A lesser standard may apply in the administrative and regulatory context where there is a lesser expectation of privacy than in the criminal or quasi-criminal context as in Hunter v. Southam.

R. v. McKinlay Transport, [1990] 1 S.C.R. 627, per Lamer and Wilson (and La Forest concurring)

Also see: Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Dir. of Inv. & R., R.T.P.C.), [1990] 1 S.C.R. 425-616 - ditto re s.17 Combines Act - order to appear, be examined under oath and to produce documents.

(iii) But there is no intrusion where a person must produce a licence or permit or other evidence of a status or of compliance with a legal requirement that is a lawful condition of the exercise of a right or privilege.

R. v. Hufsky, [1988] 1 S.C.R. 621 at 640

(iv) Secton 178.11(2)(a) C.C. does not infringe s.8, but interceptions of private conversations by state agents with the consent of the originator or intended recipient, without prior judicial authorization does infringe s.8.

R. v. Duarte, [1990] 1 S.C.R. 30

R. v. Wiggins, [1990] 1 S.C.R. 62 -- ditto applied to "body pack"

(v) Once the accused has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has burden, on balance of probabilities to show it was reasonable. A search will be reasonable if it is: (1) authorized by law, (2) if the

law itself is reasonable and (3) if the manner in which the search was carried out was reasonable.

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265 at 278

(vi) To be reasonable a search must either be made in circumstances which make obtaining a warrant impracticable or must meet the traditional requirements of a warrant:

1) prior authorization

Hunter v. Southam, [1984] 2 S.C.R. 145 at 160-61

2) by an impartial arbiter capable of acting judicially

Hunter v. Southam, [1984] 2 S.C.R. 145 at 161-62

3) on reasonable and probable grounds for believing an offence has been or will be committed established on oath or affirmation

Hunter v. Southam, [1984] 2 S.C.R. 145 at 168

(vii) Searches made without a warrant conforming to these requirements are presumed to be unreasonable until the contrary is proved.

Hunter v. Southam, [1984] 2 S.C.R. 145 at 161

(viii) A custom strip search is not an "unreasonable" search and seizure although, in this case it was because of denial of counsel

R. v. Simmons, [1988] 2 S.C.R. 495 at 529-31

(ix) An illegal search is unreasonable

R. v. Dyment, supra, at p.441 per Lamer J.

(x) The right protects from unreasonable searches OR seizures, words are used disjunctively

R. v. Dyment, supra, at p.431 per La Forest J.

(xi) A denial of the right to counsel should not be a factor in determining the reasonableness of a search. It is only in exceptional circumstances that a denial of the right to counsel will trigger a violation of s.8 of the Charter, such as in R. v. Simmons, supra.

R. v. Debot (1990), 102 N.R. 161 at 165, per Lamer C.

S. 9 Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

(i) The meaning of "detained" in s.9 corresponds to the meaning of "detention" in s.10.

R. v. Hufsky, [1988] 1 S.C.R. 621 at 632

(ii) A discretion to detain is arbitrary if there are no criteria, express or implied, which govern its exercise, but a roadside breath-test is a reasonable limit under s.1.

R. v. Hufsky, supra, at 632

- so is a stopping for purposes of checking for drivers' licences or mechanical fitness

R. v. Ladouceur, released 31 May, 1990

(iii) An indeterminate sentence for a finding of being a "dangerous offender" does not constitute arbitrariness as it is statutorily authorized and applies to a narrowly defined category.

R. v. Lyons, [1987] 2 S.C.R. 312 at 347 and 345-49

(iv) The accused's detention for 18 hours before a charge was laid, primarily for the purpose of furthering the police investigation, did not constitute an arbitrary detention.

R. v. Storrey, (unreported judgment, February 15, 1990), at 17-18, per Cory J.

S. 10 Everyone has the right on arrest or detention...
(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right,...

(i) S.10(b) is not concerned with the probative value of evidence obtained by the police but rather with ensuring adjudicative fairness

R. v. Therens, [1985] 1 S.C.R. 613 at 641-42 per Le Dain J.

Clarkson v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 383 at 394-96

R. v. Manninen, [1987] 1 S.C.R. 1233 at 1242-43

(ii) Meaning of "detained"

R. v. Therens, [1985] 1 S.C.R. 613 at 640-44 per Le Dain J. for a majority on this issue

R. v. Thomsen, [1988] 1 S.C.R. 640 at 649-50 - essentials of a "detention"

(iii) A person detained for a search incidental to an arrest has the right to be informed and the right to retain and instruct counsel. However, the police are not obliged to suspend a search incident to arrest until the detainee has the opportunity to retain counsel.

R. v. Debot, supra, at 164, per Lamer J.

Cloutier v. Langlois, (unreported decision, February 1, 1990), at 3-4 of headnote, reviewing a police officer's right to carry out a "frisk search" of a lawfully arrested person.

(iv) Customs strip search is detention

R. v. Simmons, [1988] 2 S.C.R. 495 at 521

Procedural rights

--given a close factual and time connection, the warning is valid even if given before actual detention.

R. v. Schmautz, [1990] 1 S.C.R. 398 at 414-17

--if accused asserts his s.10(b) rights, police must: (i) provide accused with reasonable opportunity to exercise his right to counsel; (ii) cease questioning accused until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel

R. v. Manninen, [1987] 1 S.C.R. 1233 at 1241-3

--as part of the information component of the constitutional guarantee under s.10(b) of the Charter, a detainee must be informed in all cases of the existence and availability of the applicable systems of duty counsel and Legal Aid plans in the jurisdiction

R. v. Brydges, (unreported decision, February 1, 1990) at 22, per Lamer J.

--this additional duty may have an effect on the issue of what constitutes "reasonable diligence" of a detainee. The court may need to put time limits, not on access to counsel, but on access to counsel of one's choice. It may be unreasonable not to seek the advice of duty counsel or a Legal Aid lawyer.

R. v. Brydges, supra, at 27-28, per Lamer J.

--this subsection entitles an arrested or detained person to consult the lawyer of his choice. It is only if that choice necessitates an unreasonable delay that an obligation arises to accept another lawyer. Where an accused attempted to contact her lawyer at 1:40 a.m., a delay of approximately eight hours until normal office hours is not unreasonable, given that the charge was first degree murder and the lack of urgency for the interrogation.

R. v. Black, [1989] 2 S.C.R. 138 at 155.

--without reasonable opportunity, in the absence of urgency, police cannot compel an accused to participate in a process which could ultimately have an adverse effect in the trial (e.g. a line-up)

R. v. Ross, [1989] 1 S.C.R. 3 at 12

--if, after being informed of his s.10(b) rights, an accused does not indicate a desire to exercise the right to counsel, and does not prove that he did not understand, the police can continue questioning

R. v. Baig, [1987] 2 S.C.R. 537 at 540, quoting R. v. Anderson (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 at 431 (O.C.A.)

(v) Once the detainee asserts his right to counsel, the burden of establishing waiver is on the Crown

R. v. Ross, supra at 11-12

To be valid and effective a waiver of the right to counsel must be based upon a true awareness of the consequences of such a waiver.

Clarkson v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 383 at 394-96

The standard for implicit waiver is very high

Clarkson v. The Queen, supra

The fact that the accused did not want to call another lawyer having been unable to contact his own, is not a waiver of his right to counsel. It is only if the lawyer chosen cannot be available within a reasonable time that the detainee must exercise his right by calling another lawyer.

R. v. Ross, supra at 10-11

The accused did not waive his right to retain and instruct counsel when he responded "not right now, no" to the query about whether there was a reason for him to want to talk to a lawyer, because the accused was left with the mistaken impression that his inability to afford

a lawyer prevented him from exercising his right to counsel.

R. v. Brydges, supra at 15-16, per Lamer J.

(vi) A detainee must be reasonably diligent in the exercise of his right to counsel and if he is not then the duties imposed on the police in Manninen are suspended.

R. v. Tremblay, [1987] 2 S.C.R. 435 at 439

R. v. Smith (J.L.), [1989] 2 S.C.R. 368 at 384-85

Reasonable diligence in the exercise of the right to counsel depends upon the context facing the detained person

R. v. Ross, supra at 11

(vii) The detainee must be given another reasonable opportunity to retain and instruct counsel if the charge against him or her is changed

R. v. Black, [1989] 2 S.C.R. 138 at 152-54

74 S.11 Any person charged with an offence has the right...

(i) To invoke the rights enumerated in s.11 the person seeking Charter relief must be "charged with an offence".

-A person is "charged with an offence" when an information is sworn or an indictment laid against him
R. v. Kalanj; R. v. Pion, [1989] 1 S.C.R. 1594 at 1607

Section 11 rights only attach to criminal, quasi-criminal or other proceedings with "true penal consequences":

-Generally
Wigglesworth v. The Queen, [1987] 2 S.C.R. 541 at 560-61

-not Police Discipline
Wigglesworth v. The Queen, [1987] 2 S.C.R. 541 at 565-66

-not Extradition
Canada v. Schmidt, [1987] 1 S.C.R. 499 at 518-20

(b) to be tried without unreasonable delay...

(i) Main purpose of s.11(b) is to minimize the adverse effect on the person charged of the pending disposition of an unresolved criminal charge

R. v. Conway, [1989] 1 S.C.R. 1659 at 1672

R. v. Rahey, [1987] 1 S.C.R. 588 per Wilson J. at 624

(ii) The relevant time in considering whether a person has been tried within a reasonable time commences with the information or indictment. Pre-information delay is irrelevant - continues until completion of trial - Rahey

R. v. Kalanj; R. v. Pion, supra, at 1607-8

(iii) Whether a delay is unreasonable requires the court to balance the following factors: (1) the length of the delay, (2) the reason for the delay, including limits on institutional resources and the inherent time requirements of the case, (3) waiver of time periods, and (4) prejudice to the accused. However, there is disagreement as to the mechanics of balancing these factors and the constituent elements of the last aspect, prejudice to the accused. The court favours a flexible or functional approach to analyzing these factors rather than strict adherence to burden of proof.

R. v. Smith (M.H.) (1990), 102 N.R. 205 (S.C.C.) at 216-18

R. v. Conway, supra, at 1673

(iv) Greater weight should be given to delays not attributable to the person charged and delays caused by the charged person should normally be excluded from consideration when assessing reasonableness.

R. v. Conway, supra at 1673

(v) While inaction or acquiescence on the part of the accused, short of waiver, does not result in the forfeiture of an accused's s.11(b) rights, an accused's conduct must be taken into account in assessing the prosecution's explanation for delay.

R. v. Smith (M.H.), supra, at 222.

(vi) While silence cannot constitute waiver, agreeing to a future date for a trial or a preliminary inquiry would generally be characterized as more than silence. Therefore, agreeing to future dates may, absent other factors, constitute waiver.

R. v. Smith (M.H.), supra, at 223.

76 (c) not to be compelled to be a witness:::

(i) Corporation cannot be a witness and so cannot claim s.11(c) protection

R. v. Amway Corporation, [1989] 1 S.C.R. 2 at 37

77 (d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal...

(i) The presumption of innocence requires that i) the persuasive burden of proving every element of the offence is always on the Crown, and that ii) that burden is only satisfied by evidence beyond reasonable doubt.

R. v. Schwartz, [1988] 2 S.C.R. 443 at 462 per Dickson C.J. dissenting

(ii) Any rule which allows conviction when a reasonable doubt exists as to guilt violates s.11(d)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103 at 119-20 and 132-35

R. v. Vaillancourt, [1987] 2 S.C.R 636 at 655 per Lamer J.

R. v. Holmes, [1988] 1 S.C.R. 914 at 934

(iii) The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. Q. - can an accused be convicted while a reasonable doubt exists?

Whyte v. The Queen, [1988] 2 S.C.R. 1 at 18, per Dickson C.J.C.

Cf.: R. v. Schwartz, [1988] 2 S.C.R. 443 at 486

(iv) The rule in R. v. Leary does not contravene s.11(d) when it removes voluntarily induced intoxication as a defence in general intent offences.

R. v. Bernard, [1988] 2 S.C.R. at 871-72

(v) S.12(1) Evidence Act -- x-xmn of accused on his previous record -- does not contravene the presumption of his innocence.

R. v. Corbett, [1988] 1 S.C.R. 670 at 687, 692

(vi) Fair and public hearing

- presumption of innocence - 3 requirements: 1) proof beyond a reasonable doubt; 2) state bears burden of proof; and 3) fair: Criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and principles of fairness.

R. v. Oakes, supra, at 121

- open to the public, including the media, but there may be restrictions on publication at the request of a complainant to sexual assault to protect complainant's identity

R. v. Canadian Newspapers Ltd., [1988] 2 S.C.R. 122 per Lamer J.

(vii) Independence and impartiality are to be measured objectively and subjectively. That is a reasonably perceived or actual barrier to independent or impartial adjudication of a penal charge will violate the Charter.

Valente v. The Queen, [19] 2 S.C.R. 673 at 688-89

(viii) It is only at the stage when the jury is to be selected that it will be possible to determine whether the respondent can be tried by an impartial jury. The fact that a juror may have read about the case through the media is by and large unimportant. In an extreme case such publicity should lead to challenge for cause at trial and it need not be assumed that a person subjected to such publicity will necessarily be biased.

R. v. Vermette, [1988] 1 S.C.R. 985

79 S.11 (f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for 5 years or a more severe punishment.

(i) The purpose of s.11(f) is to protect the interests of those charged with criminal offences and not the interests of society

R. v. Turpin, [1989] 1 S.C.R. 1296 at 1310-1311

(ii) Meaning of "benefit"

Section 11(f) guarantees the accused the benefit of a jury trial where it is in fact, from the accused's perspective a benefit. It does not impose a jury trial on the accused.

R. v. Turpin, supra at 1313

However, s.11(f) does not confer on the accused the right to elect between jury trial and trial by judge alone. It confers the right to a jury trial and ensures that if a jury trial is not a benefit to the accused, the accused may waive the right. But once the right is waived, reliance on the Constitution ceases and Criminal Code provisions requiring jury trials govern.

R. v. Turpin, supra at 1322-1323

(iii) Criminal Code s.521 [now s.598], which removes the right to a jury on a subsequent trial if the accused fails to appear at the original trial without a legitimate reason, violates s.11(f) of the Charter, but is a reasonable limit under s.1.

R. v. Lee, (unreported decision, December 21, 1989) at 1-5, per Lamer J.

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again

(i) This section provides protection against duplication in proceedings of a criminal nature: it does not preclude 2 different proceedings flowing from the same act, if one is criminal and the other not. A prison disciplinary proceeding is not criminal by its nature alone.

R. v. Shubley, [1990] 1 S.C.R. 3

(ii) The word "finally" should not be deprived of all meaning, but care must also be taken not to give it a meaning contrary to the Charter. An accused who is acquitted by a judgment containing no error is "finally acquitted" within the meaning of s.11(h).

Corporation professionelle des médecins du Québec v. Thibault, [1988] 1 S.C.R. 1033 at 1045

(iii) Subsection 11(h) of the Charter applies only in circumstances where the two offences with which an accused is charged are the same. The American and Canadian offences in this case were different because they were based on duties of a different nature.

R. v. Van Rassel, (unreported judgment, February 15, 1990), at 15-16, per McLachlin J.

Double jeopardy is a principle of general application which is expressed in the form of more specific rules, such as the plea of autrefois acquit, issue estoppel and the Kienapple principle. However, these principles differ in the way they are applied and the application of s.11(h) of the Charter must be determined by considering the wording of the provision. Consequently, each of these defences must be considered separately.

R. v. Van Rassel, supra, at 7, per McLachlin J.

81 S.12 Everyone has the right not to be subjected to cruel and unusual punishment.

(i) The phrase "cruel and unusual" is a "compendious expression of a norm". The right is violated where the sentence imposed is grossly disproportionate to the offence for which the accused has been convicted.

R. v. Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045 at 1068 and at 1072-77

(ii) An indeterminate sentence, especially because of availability of parole, does not constitute "cruel and unusual" punishment.

R. v. Lyons, [1987] 2 S.C.R. 309 at 337

S.13 A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence:

(i) The limited right against self-incrimination in s.13 is based on the concept of "a case to answer". It is tied closely to the presumption of innocence and the non-compellability of the accused.

Dubois v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 350 at 356-57

(ii) The focus of the right is on the second proceeding - the conditions under which the evidence was originally given are not relevant to the inquiry. A retrial is a second proceeding.

Dubois v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 350 at 362-63 and 365-66

R. v. Mannion, [1986] 2 S.C.R. 272 at 279-80

(iii) Evidence lead by the Crown in the second proceeding is per se incriminating.

Dubois v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 350 at 364

S.15(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability:

(i) Definition of discrimination

Discrimination is a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits and advantages available to other members of society.

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143 at 174

(ii) Scope of s.15(1)

(a) Reject similarly situated test

Andrews v. Law Society of British Columbia, supra at 165-68

(b) To succeed under s.15(1), the complainant must show that the alleged ground is an enumerated or analogous ground and that the impact of the law on the complainant is discriminatory.

Andrews v. Law Society of British Columbia, supra at 182

Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.), [1989] 1 S.C.R. 922.

(iii) Test - are the individuals a "discrete or insular minority" or "a disadvantaged group in Canadian society within the contemplation of s.15"?

R. v. Turpin, [1989] 1 S.C.R. 1296 at 1333

(iv) Questions of justification for discrimination must be left to s.1.

Andrews v. Law Society of British Columbia, supra at 182

(v) Unequal treatment arising solely from exercise of provincial powers cannot be the subject of a s.15 challenge only because of distinctions arising out of province of residence.

R. v. Sheldon S., released 28 June, 1990 at 27-31

(vi) The Crown is not an individual with whom a comparison can be made under s.15(1).

Rudolph Wolff & Co. v. Canada, [1990] 1 S.C.R. 695 at 700-2

Sections 16-22

(i) The rights protected by ss.16-22 (linguistic rights) are based upon political compromise and not upon fundamental principles. They must be interpreted in a restrained and conservative manner separate from the rest of the Charter.

> Société des Acadiens v. Association of Parents, [1986] 1 S.C.R. 549 at 578-79

(ii) A language right carries the right to use a protected language, but it does not require that such a person has to be understood.

> Société des Acadiens, supra, (Dickson C.J.C. and Wilson J. dissenting on this point) at 574-75

Document: 860-265/011

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION
OF PROVINCIAL COURT JUDGES

Gender Equality
(Video Dialogue)

A Program Developed by Donna Hackett, B.A., LL.B.
and Produced by the Canadian Judicial Centre
for the Education Committee of the Canadian Judicial Council

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

PLEASE NOTE

This document is made available by the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat (CICS) for education and/or information purposes only. Any misuse of its contents is prohibited, nor can it be sold or otherwise used for commercial purposes only. Reproduction of its contents for purposes other than education and/or information requires the prior authorization of the CICS.

Intergovernmental Document Centre
P.O. Box 488, Station A
Ottawa, Ontario K1N 8V5

THE VIDEO*

ON SCREEN:

GENDER EQUALITY

A program developed by Donna Hackett B.A., LL.B and produced by the Canadian Judicial Centre for the Education Committee of the Canadian Judicial Council.

*To be used in conjunction with a binder of written material entitled 'Gender Equality'.

30 April, 1990

A. INTRODUCTION OF ISSUE:

ON SCREEN: MR. JUSTICE ALAN MCEACHERN. CHIEF JUSTICE OF B.C. (ENG.)/MR. JUSTICE GUY RICHARD, CHIEF JUSTICE OF Q.B. OF N.B. (FR.)

On behalf of the Canadian Judicial Council and the Canadian Judicial Centre, I am pleased to welcome you to this programme on gender equality and the courts.

The Canadian Judicial Council through their education committee have funded and supported the production of this course.

As you know, the mandate of the Canadian Judicial Centre is to provide judicial education in the broadest sense. We believe that the topic we will deal with today is of the utmost importance.

The role of women in our society has changed greatly in this century as has our understanding of their capabilities and experiences. Many of our assumptions about what women do, or can do, have been altered. These changes are of course ongoing.

I believe that all judges will want to be sensitive to these social issues and to evolving community values. It is important that we be aware of the experiences of others and that we be conscious of how and when our own experiences and assumptions affect our decisions.

I welcome you to the programme and I commend to you consideration of the thoughts it will provoke.

Thank you.

TAPE STOPS
FOR DISCUSSION
SEE DISCUSSION
ISSUES IN
WRITTEN MATERIALS

ON SCREEN: (as Mr. Justice David Marshall (Eng.)/His Honour Bernard Grenier (Fr.) reads it)

GENDER EQUALITY: when actions and decisions are based upon a fair and informed assessment of the merit of each person or situation, and not based upon preconceived notions of gender roles or behaviour.

B. INTRODUCTION OF VIDEO

ON SCREEN: MR. JUSTICE DAVID MARSHALL (ENG.)/HIS HONOUR BERNARD GRENIER (FR.) OF THE CANADIAN JUDICIAL CENTRE

Today, you will be seeing four vignettes which have been selected to reflect areas where the roles of women and our understanding of women's experiences have recently been challenged in Canadian courts. You will also be hearing about the real experiences of individual women and men, which are representative of the experiences of many, many others.

Accompanying the video is a series of written materials which provide important gender based statistics and information for your reference. You will notice that each section of the video begins with a coloured heading which corresponds to a similarly coloured tab in your written materials.

The four areas to be examined are

ON SCREEN: (as the speaker reads it)

1. WIFE/PARTNER ASSAULT IN CRIMINAL AND CUSTODY PROCEEDINGS.

2. WOMEN AND EMPLOYMENT IN CUSTODY AND SUPPORT ACTIONS.

3. SEXUAL ASSAULT
TRIALS AND SENTENCING.

4. THE CREDIBILITY OF WOMEN
IN THE COURTS.

ON SCREEN: MR. JUSTICE DAVID MARSHALL (ENG.)/HIS HONOUR BERNARD GRENIER (FR.)

The issues raised in this program will provide us with an opportunity to reflect upon our own attitudes towards gender equality and consider how our understanding of gender roles and experiences can affect judicial decisions.

PROGRAM

ON SCREEN: WITH A COLOURED BACKGROUND WHICH CORRESPONDS TO THE RELATED TAB IN THE WRITTEN MATERIALS

1. WIFE/PARTNER ASSAULT
IN CRIMINAL AND CUSTODY PROCEEDINGS.

ON SCREEN: CASE #1

ON SCREEN: MR. JUSTICE DAVID MARSHALL (ENG.)/HIS HONOUR BERNARD GRENIER (FR.)
INTRODUCING CASE #1

Case #1 involves a husband's assault on his wife with a knife. The materials accompanying this video describe the facts as found by the learned trial judge at trial. The man was convicted of assault with a weapon and the sentence hearing is now underway.

ON SCREEN: COURTROOM SCENE

CROWN - DAVID SCOTT (ENG.)/MARC COUSINEAU (FR.)
DEFENCE - ELIZABETH THOMAS (BOTH)
JUDGE - MR. JUSTICE J. HUGESSEN (BOTH)

DEFENCE SUBMISSIONS:

Your Honour, my client is a very hard working, likeable, family man with no criminal record. He has a very responsible position as an executive of a major computer firm. Recently, he has been under a lot of stress because his company is facing financial disaster. As a regular church goer, my client is also very active in his community. The letters we have filed indicate that his employer, his minister and his neighbours know him to be a man of very good character.

The incident in question is really one of those family situations which just got out of hand. My client was genuinely upset and concerned about his family's absence and his children being up late. For all he knew, they could have been in an accident. His wife didn't even call or leave a note.

Between stress at work and the alcohol, one can understand why he over-reacted. Although it is clear that your Honour has accepted the wife's version of what happened, my client still denies that the knife was used in a threatening manner or that he threatened to kill her. The fact that the wife didn't call the police that night, also indicates that this really wasn't very serious. My client does admit that he was too

physical and for that he is sorry. While he was drinking that night, he does not feel that he has a drinking problem.

There was some evidence from the wife that other less serious assaults have occurred in the past. However, my client specifically denies that there has been anything other than some minor, normal family arguments. In fact, his wife has even reconciled with him and moved back home with the children. Both my client and his wife indicate to me that they love each other and want their marriage and family to work.

While your trial judgement indicates that this was a serious incident, there were no injuries. The children would obviously be negatively affected if their father went to jail. My client's wife does not want him to go to jail. This man's employment may be jeopardized by a jail sentence. This incident was obviously out of character for this man. It was an isolated event. Your Honour, I respectfully submit that this is an appropriate case for a probation order.

CROWN SUBMISSIONS:

Your Honour, this is a very serious assault with a weapon and you have found that this woman's life was threatened by her husband.

Wife assault is a very serious problem. One out of every ten women are assaulted by their husband or partner. 52% of the women who are killed in Canada are killed by their husband or partner. Wife assaults are even more serious than assaults by strangers because the impact on victims is greater because of their economic and emotional dependence upon their abuser. It is also a very difficult situation to deal with, to avoid, or to leave, especially when there are children involved. Although there were no serious injuries in this case, the memory of the trauma and fear will remain.

The children are also victims. They heard the incident. Exposure to wife assault has very damaging emotional consequences for children. Wife assault is a learned behaviour. It is important that these children know that their father's behaviour is not acceptable, that it will be dealt with strictly, and that their mother will be protected.

This accused still does not even admit the extent of this assault. Just because they have reconciled and the accused is remorseful does not mean that the danger is over. This is not an alcohol or stress problem, although no doubt he has both. This man resolves conflict by using force on someone weaker than himself, someone who is dependent upon him. Someone who is not likely to tell anyone.

According to the victim's evidence which you have accepted, this man has assaulted his wife not once, but on a number of occasions. It is clear that we are not sentencing him for anything but this one offence, but there is a pattern here which must be considered in terms of what is an appropriate sentence and deterrent.

The social need to protect the life, physical and emotional security of this woman and other women in this situation, is more important than the risk to this man's job and even this family's short term economic security. If he had committed this offence on someone else, there is little doubt but that he would be jailed and his job would be in jeopardy. The result should not be different because the victim is his wife.

Therefore Your Honour, despite his otherwise good reputation in the community, it is my respectful submission that in all of these circumstances, there must be a significant jail sentence to emphasize both general and specific deterrence. In addition, there should be a probation order with a term that he attend a male batterer's treatment program for the period of one year.

TAPE STOPS FOR
DISCUSSION
SEE DISCUSSION
ISSUES IN WRITTEN
MATERIALS

ON SCREEN: SOME STATISTICS FROM
FACT SHEETS ON SCREEN WITH
SILOUHETTE AND THE VOICE OF
A BATTERED WOMAN DESCRIBING
HER EXPERIENCE (3 MINS.)

A WOMAN'S REAL BATTERING EXPERIENCE

When we first started to live together I was very much in love and believed in "happily ever after". Over the next twelve years I was thrown against walls, down stairs, kicked and punched. To explain the bruises I said "I bump into things a lot". I was really scared when he threw me into the 3rd floor bedroom window and it broke. Lucky for me, the storm window held. He laughed. Near the end, I woke up one night, unable to breathe. He was holding a pillow down on my face. "You were snoring again!" he said. He even knocked me down when I was pregnant. I never called the police.

There was (and still is) total disbelief by friends. No one knew. How could you let it happen, Jill". I can say now, I didn't LET it happen. I totally denied that it WAS happening. I finally left.

On the surface, I was successful. A career woman and mother, "doing well". I'd had a privileged childhood. My parents didn't know at first. Pat hung up the phone when I was talking to them and forbade me to call them. My mother knew after I cowered from Pat during one of their visits. I saw and spoke to my parents less and less. What could they do? I would have denied anything was happening and defended Pat and our lives together. I am articulate, intelligent, independent and principaled. I understand NOW that much of what I stand for were the very things that enraged Pat, made him feel inadequate, jealous and guilty. To deal with his own fears, he lashed out at me. To be in control of his life, he controlled me. I felt utterly defenceless, uncertain, sometimes hopeful. I wanted to make it work. Pat convinced me I was stupid, that it was my fault that things weren't working.

It is now six years for me, and this year I finally feel O.K. again about myself and my ability. When I fled I had to make a sudden and total life-style

change. I had to start at the bottom in a new career. And I am one of the lucky ones. Most women don't have the support that I did.

When Pat challenged for custody of Alex, the Court ordered a child assessment. The toughest times for me were sessions with the consultant. To be in the same room as Pat became more physically intimidating than when we lived together under the same roof.

Alex lives with me now and visits his father. He doesn't remember everything. He knows that his father "has a temper", and was violent. Alex can tell you that you don't deal with your feelings by hitting people. But for the first three years in our new life Alex turned his own anger and frustration towards me, just as his father had done ... punching and kicking me. It is better now, but the vast majority of boys who have seen their fathers batter their mothers, will in turn, batter their partners. I hope that things will work out. ...

J.S.
April, 1990

ON SCREEN: WITH A COLOURED BACKGROUND WHICH CORRESPONDS TO THE RELATED TAB IN THE WRITTEN MATERIALS

2. WOMEN AND EMPLOYMENT IN CUSTODY AND SUPPORT ACTIONS

ON SCREEN: CASE #2

ON SCREEN: MR. JUSTICE D. MARSHALL (ENG.)/HIS HONOUR BERNARD GRENIER (FR.)
INTRODUCING CASE #2

The next case involves a custody dispute. The child is 4 years old. Both parents work and are good parents. More details about this case have been provided to you in your materials. The learned trial judge awarded custody to the father with liberal access to the mother. That decision is now under appeal and the custody order has been stayed pending the outcome. The following two appeal judgements present two different approaches for your consideration.

ON SCREEN: COURTROOM SCENE: BENCH OF COURT OF APPEAL
MR. JUSTICE HUGESSEN ROBED
RENDERING AN APPEAL JUDGEMENT (BOTH)

We are now ready to render judgement. This appeal is based upon the ground that the learned trial judge erred in applying the best interests test by not placing any or enough emphasis on the child's need for her mother and the status quo custody arrangement agreed to by the parties.

The learned trial judge has found that there was nothing in the circumstances of the marriage which made one parent more capable than the other.

The father contends that, as a farmer, he is better able to raise the child because he generally has more time to spend with the child on weekdays during the next year before the child is in full-time attendance at school. He argues that the mother, who works from nine to five, is only with the child four hours a day and that "the daycare is raising our daughter". During peak farm periods, the father's mother will be able to care for the child.

The mother argues that she is the child's mother and has primarily cared for her from birth to the present and that this stability should be preferred.

The emphasis on a child's need to be with the mother has been rejected by this learned trial judge and by many other judges. The "tender years" doctrine used to be described as "common sense", but often when we invoke common sense, we invoke unstated conventional assumptions. I suppose there is no harm in this unless the unstated conventions come to be doubted. That females have some intrinsic capacity to care for children not shared by males, is an assumption that is now not only doubted, but widely rejected.

The new "modern" marriage model involves the idea of the "marital partnership", where there is some divergence in the roles of the male and female. In this model, the husband could still continue to be the bread-winner and the wife a professional homemaker, but she alone would not carry the burden of child-rearing. In the supra-modern marriage, strenuous efforts are made to avoid any role distinctions based upon sex. The many tasks of home-making and child-rearing - indeed child-bearing - are shared as completely as possible.

On my reading of the judgement, the trial judge properly considered the status quo, both parent's abilities and commitment to the future care of this child, and the extra time that the father will have with the child over the next year. In all the circumstances, the learned trial judge properly determined that it was in the best interests of the child to be with the father. It was argued on behalf of the mother that she is in effect being punished because she must work. I concede, that collaterally, her need to work does make her a victim of that circumstance, but we must do what is right for the child and not what is fair to the parents. The appeal is therefore dismissed.

ON SCREEN: COURTROOM SCENE: BENCH OF COURT OF APPEAL
MADAM JUSTICE L. MAILHOT (ROBED)
RENDERING JUDGEMENT (BOTH)

It is argued that the learned trial judge erred in applying the "best interests of the child" test by not placing enough weight on the status quo and the child's continuing need to be with her mother.

At trial, the learned trial judge and counsel framed the mother's position in terms of the tender years' presumption. While it is true that that doctrine may be out of date, that is not the issue here.

Family law has increasingly recognized the existence of a more modern social notion of a family partnership where both spouses are jointly responsible for the economic and household functions. Men and women are now supposed to be freer to exchange or share the roles of "bread-winner" and "primary caretaker". The concept of a family partnership has broad appeal as a symbol of equality for both men and women.

Despite this concept, it is dangerous to assume that every family has adopted this "modern" approach. In this case, both parents worked before the child arrived. Afterwards, this couple did not opt for an equal sharing of roles, rather, they agreed to pursue a more traditional arrangement. They jointly agreed that the mother abandon her economic independence and opportunities in order to assume the primary caretaker role. As a result of this choice by both parents, the mother has acquired more experience as the primary caretaker.

The child has always been physically closer to her mother and more dependant upon her mother to meet her day to day needs. The child, parents and family are accustomed to this division of responsibilities and, in fact, both parties agreed

that this arrangement would continue after their separation, until custody was determined by the courts.

The father is a very capable loving parent who's relationship is important to the child. However, his desire to now change his role and assume the primary caretaking function does not outweigh the importance of the proven four year good relationship between the existing primary caretaker (mother) and child.

It has been argued, and indeed, the trial judge relied upon the fact that the father will have more weekday time with the child over the next year. While this is a factor to consider, it is not a question of the quantity of time, but rather the quality of that time. The mother's care is quality time and there is no reason to criticize the daycare facilities she has carefully chosen. Childcare is a necessity in our society as more and more women are choosing or being required to seek financial independence. Daycare does not eliminate the role of the primary caretaker.

In all of these circumstances, I find that the learned trial judge has erred in failing to appreciate, or recognize the experience and skill this mother has as the primary caretaker and the value of this ongoing stable relationship for the child. It is in the child's best interests that custody be awarded to the mother with liberal access to the father.

TAPE STOPS
FOR DISCUSSION
SEE DISCUSSION
ISSUES IN WRITTEN
MATERIALS

ON SCREEN: WITH A COLOURED BACKGROUND WHICH CORRESPONDS TO THE RELATED TAB IN THE WRITTEN MATERIALS

3. SEXUAL ASSAULT
TRIALS AND SENTENCING.

ON SCREEN: CASE #3

ON SCREEN: MR. JUSTICE DAVID MARSHALL (ENG.)/HIS HONOUR BERNARD GRENIER (FR.)
INTRODUCING CASE #3

In the next courtroom scene, you will see portions of a cross-examination of a woman who has been raped. The rape took place late at night in her apartment where she lives alone. Details about the rape and the people involved have intentionally been left out at this point, but will be examined later.

ON SCREEN: COURTROOM SCENE

DEFENCE COUNSEL - DAVID SCOTT (ENG.) MARC COUSINEAU (FR.)
WITNESS - WEARING VERY "PUNKY" CLOTHES WITH AN UNCONVENTIONAL APPEARANCE
- TO DISPLAY CONTROLLED RAPE TRAUMA SYNDROME - GAILLE TAILLEFER (BOTH)
JUDGE - MADAME JUSTICE L. MAILHOT (BOTH)

CROSS-EXAMINATION

DEFENCE After he came into the living room what happened?

WITNESS He pushed me to the floor and said if I didn't do what he asked he would kill me.

DEFENCE What did you do?

WITNESS Nothing. I couldn't do anything. I was too scared. I kept saying "don't do this to me, please, don't do this to me".

DEFENCE Did you scream for help?

WITNESS No.

DEFENCE Did you try to run away?

WITNESS No. What was I supposed to do? He said he'd kill me and I believed him.

DEFENCE You had been drinking that night and you were feeling pretty good weren't you?

WITNESS Yes.

DEFENCE Are you sure you can remember what actually happened?

WITNESS Of course I remember.

DEFENCE Alright then, you said you were on the floor near the couch and he was three feet away. Do you recall if he put his clothes on the floor or on the couch when he undressed?

WITNESS No, I don't know.

DEFENCE When he started to do what you've described, you admit that you did nothing about it. Is that correct?

WITNESS Well, when he started to undress I didn't know what to do. I couldn't believe it was happening.

DEFENCE Why didn't you run away then or scream for help?

WITNESS I couldn't. I was too scared.

DEFENCE He had no gun did he?

WITNESS No.

DEFENCE He had no knife?

WITNESS No.

DEFENCE Just how was he supposed to kill you?

WITNESS I don't know. (Uncomfortable physical reaction).

DEFENCE It wasn't very realistic was it?

WITNESS I don't know.

DEFENCE Who was closer to the door, him or you?

WITNESS I was.

DEFENCE How far away was the door?

WITNESS About ten to twelve feet I would guess

DEFENCE When you were describing what happened to the police they say you weren't upset. You also weren't upset when you recalled the incident for us here in court were you?

WITNESS — Maybe I didn't break down and cry but I am upset. (very controlled voice and reaction)

DEFENCE — In fact, you even laughed at one point when the Crown asked you to describe what you said this man did to you?

WITNESS — Yes, but (silence)....

DEFENCE — I understand that you later helped him find his clothes. Did you?

WITNESS — Yes, I wanted him to get out of there.

DEFENCE — You also walked with him to the door didn't you?

WITNESS — Yes, I was trying to get him to go.

DEFENCE — You even kissed him goodbye, right?

WITNESS — I had to. He told me to. I just wanted him to go. I didn't care at that point, I just wanted him to go.

DEFENCE — Why didn't you scream for your neighbours or run for help then?

WITNESS — I didn't want help then. I didn't want anyone to know

DEFENCE — In fact, you didn't even call the police for 3 weeks, did you?

WITNESS — No, I didn't.

DEFENCE — And you had no injuries which required medical attention did you?

WITNESS — No.

TAPE STOPS
SEE DISCUSSION ISSUES
IN WRITTEN MATERIALS

ON SCREEN: MR. JUSTICE DAVID MARSHALL (ENG.)/HIS HONOUR BERNARD GRENIER (FR.)

I would now like to introduce you to Dr. Rebeka Moscarello from Women's College Hospital in Toronto, an expert on rape trauma syndrome as a post-traumatic stress disorder. The Doctor will describe the immediate and long range reactions of women who have been sexually assaulted.

ON SCREEN: DR. REBEKA MOSCARELLO, ASSISTANT PROFESSOR OF PSYCHIATRY, UNIVERSITY OF TORONTO, PSYCHIATRIST, SEXUAL ASSAULT CARE CENTRE, WOMEN'S COLLEGE HOSPITAL (4 MINS.)

In the scenarios which you have just seen, the feelings experienced by all three victims are similar.

Walking through the scenario describing the major psychological trauma inflicted upon the victim by sexual assault, we begin with the violent act of being thrown to the floor and the threat of being killed unless there is cooperation. The victim experiences intense fear, terror of death, and helplessness. The experience of this train of feelings, as a result of a wilful act of violence on the part of another human being, inflicts profound damage on the person's self.

In the attempt to preserve life, in the face of threat of death, persons react in one of two ways: the Controlled or Uncontrolled Style, and approximately 50 per cent present in each style. The person in the Controlled Style is calm, controlled, organized, and cooperative. An example is when a lawyer was shot in a courtroom in

Toronto. Some observers immediately organized the situation; others did as they were told; others became hysterical and "lost it." Those who "lost it" were in what we call the Uncontrolled Style, hysterical, disorganized, argumentative. Society expects victims of sexual assault to "lose it", as evidence of their being sexually assaulted.

Our victims cooperated in order to live, did as they were told, even kissing the assailant as he left.

The Controlled Style may be seen immediately after the sexual assault and later in the witness box.

The victim's laughter, which was noted, is a defense against the experience of intense pain, anger, or breaking down.

It should be noted that neurophysiological changes resulting from a major psychological trauma may result in some individuals not being able to recall portions of the sexual assault [without consumption of alcohol or drugs (1)] i.e., "Did 100 per cent of the observers of the above court drama have a 100 per cent recall for all events?"

Some reasons for not running to the neighbours or the police include the shock and disbelief that the assault happened, feeling embarrassed and humiliated. For the victim of sexual assault, transgression of body boundaries, invasion of the most intimate private spaces, contributes to the painful feelings of shame and degradation. To relate intimate sexual details to strangers is embarrassing.

Waiting for three weeks to report is not unusual. The majority of women never report. Fear of disbelief, being blamed (you were drinking), knowledge that revictimization occurs through having one's credibility challenged, once one is within the adversarial criminal justice system, adds to the reluctance to report.

With respect to injuries requiring medical attention, a recent study confirmed observations that subjective distress, not observable evidence of violence, correlates with long-term symptoms of anxiety and fear.

Life-long sequelae are experienced by up to 70 per cent of victims of sexual assault in their quality of life, increased risk for psychiatric disorder, and negative effect on physical health.

For the victim of sexual assault to regain her sense of self-worth, self-esteem, and a sense of safety in a world where violence occurs is, indeed, a difficult task.

In closing, recent reports indicate differing psychological sequelae for the victim of stranger and non-stranger rape (3, 5). The former symptoms centre on anger and fear, the latter, on shame and self-blame, loss of trust in one's judgement of men. The victim of acquaintance, date, or marital rape has even greater difficulty reporting or asking for help.

ON SCREEN: WITH A COLOURED BACKGROUND WHICH CORRESPONDS TO THE RELATED TAB IN THE WRITTEN MATERIALS.

4. THE CREDIBILITY OF WOMEN IN THE COURTS.

ON SCREEN: CASE #4

ON SCREEN: MR. JUSTICE DAVID MARSHALL (ENG.)/HIS HONOUR BERNARD GRENIER (FR.)
NARRATIVE CASE #4

This next vignette is based upon a recent, real, Canadian experience. Near the end of a major two week civil Supreme Court trial, the presiding judge asks counsel into chambers to discuss some scheduling difficulties. Counsel for the plaintiff is a senior male lawyer who knows the presiding judge both socially and professionally. Counsel for the defendant is a more junior female lawyer. Both counsel have excellent reputations as trial lawyers, and only know each other in a professional capacity.

ON SCREEN: CHAMBER SCENE

COUNSEL - 1. (ROBED) DAVID SCOTT (ENG.)/MARC COUSINEAU (FR.)
COUNSEL - 2. (BACKLESS VEST OVER SHIRT UNDER ROBE) ELIZABETH THOMAS (BOTH)
JUDGE - MR. JUSTICE J. HUGESSEN (ROBED) (BOTH)

KNOCK ON DOOR

JUDGE — Come in.

COUNSEL 1. — You wanted to see us?

JUDGE — Yes, yes come in. I wanted to speak to you both. Have a seat. Thank you for coming.

COUNSEL 1. AND 2. ENTER AND TAKE THEIR SEAT - FACE OF COUNSEL 2. NOT VISIBLE

JUDGE — David, just before we start I've been meaning to ask you when is the association's annual tournament?

COUNSEL 1. — It's this weekend. Are you coming?

JUDGE — Yes. Is Bob?

COUNSEL 2. I don't think so. I still am trying to get in touch with John though. Will you be seeing him?

JUDGE Yes. Do you want me to ask him if he's coming?

COUNSEL 1. Please. Just tell him to give me a call if he wants me to reserve him a place.

JUDGE
EYE CONTACT PRIMARILY WITH COUNSEL 1 I will. If its anything like last year it should be fun. (pause) Now the reason I've asked you here is I need to know how much longer we'll be. I've got something else scheduled for next week and I'm trying to avoid a conflict if I can.

COUNSEL 1. Well, she thinks she'll be another whole day cross-examining this witness. I really don't know why she's going any further, (pause) and then I have two more witnesses. I understand she'll be calling one herself. I would guess that we have another three days to go.

JUDGE Is that right young lady?

COUNSEL 2.
AGAIN HER FACE IS NOT SHOWN ON SCREEN Judge, I can't be certain how much longer I'll be with this witness. It will really depend upon what he says. My colleague may also want to re-examine later.

JUDGE STANDS AND SAYS Well alright. See what you can do.

COUNSEL STAND

COUNSEL 1. SAYS TO JUDGE AS COUNSEL 2. TURNS TO GO
AGAIN HER FACE IS NOT VISIBLE I'll see you at the tournament.

COUNSEL 1.
REACHES FOR BACK OF COUNSEL 2.

COUNSEL 1. TO JUDGE Heh, have you seen this?

COUNSEL 1. See what they're wearing now! (laughing)
PULLS DOWN BACK OF ROBE OF
COUNSEL 2. AND SAYS TO JUDGE

TAPE STOPS
FOR DISCUSSION
SEE DISCUSSION
ISSUES IN WRITTEN
MATERIALS

ON SCREEN: FROZEN FRAME FROM PREVIOUS INCIDENT
AND HER VOICE DESCRIBING THE WOMAN'S
REACTION TO THIS REAL EXPERIENCE
(3 MINS.)

THIS WOMAN'S EXPERIENCE

I felt so helpless. I didn't know what to do. At the time, I was angry and annoyed. I felt that no matter what I did, it would reflect negatively upon me and my client and my credibility before the judge in that case. . . So I did nothing.

The judge didn't do anything either. I think he was shocked.

The male lawyer must have felt incredibly confident to have done what he did. We had never had any contact before this, except professionally.

The earlier dynamics in chambers where he spoke for me, and I was left out of the conversation and eye contact, made me less visible and no doubt contributed to his perception of his more powerful position and my vulnerability. With this perception, it didn't require much for him to go one step further and totally ignore my professional status and humiliate me.

After it was over, I continued to be silent and didn't discuss this event with anyone for a long, long time. This made me even angrier inside. My reaction and the judge's silence only served to reinforce the reality of the power imbalance which permitted this man to do this to me.

Chambers are often avoided by many female counsel, who have experienced unequal treatment there. Our professionalism and role is better protected in open court.

While the last scene you saw in this video may strike you as something that has never and will never happen in your chambers, it did happen to me and it involved a very reputable, distinguished lawyer. What is important to recognize, is that it was a continuation of the behaviour and dynamics in chambers which took place before the assault.

Perhaps if the judge had been more active in balancing our respective roles, counsel might not have felt the inequality in our positions, and the incident might never have occurred.

This event is especially disturbing, because if this could happen to me in my position, with my experience, and be done by a well-educated, otherwise excellent counsel, then there is reason to be concerned about the treatment of other women in the courts, whether they are witnesses, accused, staff or counsel. Judges do play a role in these situations even if they simply remain silent. The challenge is to recognize this behaviour and address it.

D. CONCLUSION

ON SCREEN: MR. JUSTICE D. MARSHALL (ENG.)/HIS HONOUR BERNARD GRENIER (FR.)

The Education Committee of the Canadian Judicial Council and the Canadian Judicial Centre have brought you this program as part of our ongoing commitment to judicial education.

It was designed to provide you with an opportunity to test your views against Canadian social realities and some real representative experiences of women. While there are many other gender equality issues, this program is an important beginning in response to the challenges of s.15 of the Charter.

Document: 860-265/011

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION CANADIENNE
DES JUGES DES COURS PROVINCIALES

Égalité des sexes
(Trame sonore du vidéo)

Cours élaboré par Donna Hackett, B.A., LL.B.
et produit par le Centre canadien de la magistrature pour le
Comité de la formation du Conseil canadien de la magistrature

QUÉBEC (Québec)
Du 12 au 15 septembre 1990

VEUILLEZ NOTER

Ce document est distribué par le Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes (SCIC) à des fins éducatives et informatives seulement. Il est interdit de l'utiliser à mauvais escient, de le vendre ou de s'en servir à des fins commerciales. Il est également interdit d'en reproduire le contenu pour des fins autres que l'éducation ou l'information, à moins d'avoir obtenu au préalable l'autorisation du SCIC.

Centre de documentation intergouvernementale (CDI)
C.P. 488, succursale "A"
Ottawa (Ontario) K1N 8V5

ENREGISTREMENT MAGNÉTOSCOPIQUE

À L'ÉCRAN :

ÉGALITÉ DES SEXES

Cours élaboré par Donna Hackett, B.A., LL.B. et produit par le Centre canadien de la magistrature pour le Comité de la formation du Conseil canadien de la magistrature.

*Utiliser avec le classeur de documentation intitulé «Égalité des sexes»

23 mai 1990

A. INTRODUCTION DE LA QUESTION

À L'ÉCRAN : Au nom du Conseil canadien de la magistrature et du Centre canadien de la magistrature, il me fait plaisir de vous souhaiter la bienvenue à ce cours sur le sexisme et les tribunaux.

Le Comité de la formation du Conseil canadien de la magistrature a subventionné la réalisation de cette présentation sur le sexisme et y a donné un appui.

Comme vous le savez sans doute, le Centre canadien de la magistrature a pour mission de veiller à la formation continue des juges. Il ne fait aucun doute que la question dont nous traiterons aujourd'hui s'intègre parfaitement dans le cadre de cette mission.

Nul ne contestera que les femmes jouent un rôle de plus en plus actif dans plusieurs sphères d'activité. On reconnaît la qualité de leur apport à l'ensemble de la vie en société.

L'évolution des mentalités ne s'arrêtera pas là. Il est donc important que les juges se sensibilisent aux perceptions nouvelles à l'égard du rôle de la femme dans la société d'aujourd'hui. La magistrature ne doit pas être en reste par rapport à l'évolution des idées et des valeurs.

Bienvenue à tous. Puisse l'enregistrement auquel vous êtes sur le point d'assister, susciter chez vous une réflexion salutaire.

ARRÊT DE LA BANDE

DÉBAT

LES QUESTIONS DÉBATTUES

FIGURENT DANS LA DOCUMENTATION

À L'ÉCRAN (lu par M. le juge Bernard Grenier)

ÉGALITÉ DES SEXES : lorsqu'elle se fonde sur une évaluation équitable et éclairée des circonstances propres à chaque personne et à chaque situation, et non sur des idées préconçues relativement aux rôles ou aux comportements de l'homme et de la femme.

B. INTRODUCTION DE L'ENREGISTREMENT

A l'ÉCRAN : M. LE JUGE BERNARD GRENIER,
DIRECTEUR ASSOCIE DU CENTRE CANADIEN DE LA MAGISTRATURE

Quatre scénarios tirés d'incidents qui se sont déroulés devant les tribunaux canadiens vous aideront à mieux comprendre le rôle de la femme dans la société contemporaine. Des hommes et des femmes vous feront également part d'expériences personnelles qui nous paraissent représentatives.

La documentation qui accompagne l'enregistrement contient des statistiques sur le sexisme et plusieurs autres renseignements. Chaque partie de l'enregistrement comporte un titre dont la couleur correspond à celle de l'un des onglets de votre documentation.

Voici les quatre situations que nous allons étudier:

1. l'agression contre la conjointe dans une affaire pénale et une affaire relative à la garde d'un enfant;

2. la femme et l'emploi dans une instance de garde d'enfant et de pension alimentaire;

3. un procès et une audition présentencielle dans une affaire d'agression sexuelle;

4. la crédibilité de la femme devant le tribunal.

A L'ÉCRAN : M. LE JUGE BERNARD GRENIER

Les questions soulevées au cours de cette présentation nous donneront l'occasion d'analyser notre attitude vis-à-vis du sexisme, et d'examiner la façon dont notre conception du rôle respectif de l'homme et de la femme peut avoir une influence sur nos décisions.

C. Programme

A L'ÉCRAN: Fond de la même couleur qu'un onglet dans le classeur de documentation

1. l'agression contre la conjointe dans une affaire pénale et une affaire relative à la garde d'un enfant;

A L'ÉCRAN: Pemière situation

A L'ECRAN: M. le juge Bernard Grenier
présente la première situation

Le premier scénario porte sur une agression au couteau commise par le mari sur son épouse. Les conclusions de fait tirées par le juge de première instance sont exposées dans la documentation. Le mari a été déclaré coupable d'agression armée et nous en sommes maintenant à l'audition présentencielle.

A L'ÉCRAN : AU TRIBUNAL

LE POURSUIVANT : UN AVOCAT

LA DÉFENSE : UNE AVOCATE

LE JUGE : M. LE JUGE J. HUGESSEN

PLAIDOIRIE DE LA DÉFENSE

Mon client est un père de famille sympathique, un travailleur acharné, qui n'a aucun casier judiciaire. Il occupe un poste de responsabilité au sein d'une importante société d'informatique. Récemment, il a subi un stress important parce que sa compagnie est sur le bord de la faillite. Mon client, un pratiquant convaincu, est également très actif au sein de la collectivité. Il ressort clairement des lettres que nous avons déposées que son employeur, son curé et ses voisins savent qu'il est un homme d'excellente moralité.

L'incident en l'occurrence n'est rien d'autre qu'une situation familiale dont on a perdu le contrôle. Mon client était véritablement inquiet de l'absence de sa famille et de ses enfants à cette heure-là. Ils auraient fort bien pu avoir été impliqués dans un accident. Sa femme n'avait ni téléphoné ni laissé de note.

Il est facile de comprendre pourquoi il a réagi de façon excessive, compte tenu du stress qu'il subissait au travail et de l'alcool qu'il avait consommé. Bien que vous ayez évidemment accepté la version de la femme en ce qui concerne le déroulement des événements, mon client nie toujours avoir utilisé le couteau de façon menaçante ou menacé de la tuer. Le fait que son épouse n'ait pas appelé la police ce soir-là donne également à entendre qu'il ne s'agissait pas d'un événement aussi sérieux que l'on pourrait croire. Mon client admet avoir pris des mesures excessives, et il le regrette. Bien qu'il ait bu ce soir là, il ne croit pas avoir de problème d'alcoolisme pour autant.

L'épouse a témoigné qu'il y avait eu d'autres agressions d'importance moindre dans le passé. Cependant, mon client nie expressément qu'il y ait eu autre chose que des discussions mineures, normales dans toute famille. D'ailleurs, sa femme et lui se sont réconciliés et elle est rentrée à la maison avec les enfants. Tant mon client que son épouse m'ont dit qu'ils s'aiment et veulent faire de leur mariage et de leur famille une réussite.

Bien que vous ayez décidé qu'il s'agissait d'un incident sérieux, personne n'a été blessé. Il est évident que les enfants subiraient des conséquences négatives importantes si leur père devait être emprisonné. L'épouse et mon client ne souhaitent pas qu'il le soit. De plus, son emploi risque d'être compromis s'il est emprisonné. Il s'agit d'un incident totalement anormal pour cet homme, d'un événement isolé et d'une situation qui se prête tout à fait à une ordonnance de probation.

PLAIDOIRIE DU POURSUIVANT :

Le mari a en l'espèce commis une agression très grave avec une arme et a même menacé sa femme de mort.

L'agression contre les conjointes constitue un problème très important. L'homme agresse la femme dans une union sur dix. Cinquante-deux pour cent des femmes assassinées au Canada le sont par leur conjoint. Les agressions contre les épouses ou leurs conjointes sont plus graves que celles contre des étrangères parce que l'impact sur les victimes est plus grand vu leur situation de dépendance économique et émotive à l'égard de l'agresseur. De plus, il s'agit là d'une situation difficile à éviter ou à supprimer, en particulier lorsqu'il y a des enfants. Bien que la victime n'ait pas subi de blessures graves en l'espèce, il ne fait aucun doute que l'angoisse et le traumatisme qu'elle a ressentis à cette occasion la marqueront pour toujours.

Les enfants sont également des victimes. Ils ont entendu la querelle. Les enfants souffrent de graves conséquences au plan émotionnel suite à l'agression contre la mère. Les agressions contre les épouses ou conjointes sont un comportement appris. Il importe que les enfants sachent que le comportement de leur père n'est pas acceptable, qu'il sera sanctionné sévèrement et que leur mère sera protégée.

L'accusé en l'espèce n'admet pas, même aujourd'hui, la gravité de son agression. Parce que l'accusé et son épouse se sont réconciliés, et qu'il ressent des remords, le danger n'est pas pour autant écarté. Il ne s'agit pas ici d'un problème relié à l'alcool ou au stress, bien que ces deux problèmes soient également présents. L'accusé en l'espèce tente de résoudre une situation conflictuelle en utilisant la force contre une personne plus faible que lui, une personne à sa charge, une personne qui ne risque pas de le raconter à d'autres. Suivant le témoignage de la victime, dont vous avez reconnu la véracité, cet homme a agressé son épouse à plusieurs reprises et non une seule fois. Bien que la peine ne puisse tenir compte que de l'infraction reprochée en l'espèce, il y a ici un système dont il faut tenir compte pour fixer la peine indiquée et sa valeur dissuasive.

L'intérêt de la société de protéger l'intégrité physique et émotive de cette femme et des autres femmes placées dans la même situation l'emporte sur les risques pour l'emploi de cet homme et même pour la sécurité économique à court terme de la famille. S'il avait commis la même infraction contre une autre personne, il ne fait aucun doute qu'il serait emprisonné et que son emploi serait compromis. Le résultat ne devrait pas être différent parce que la victime est son épouse.

Par conséquent, malgré sa bonne réputation dans la collectivité, je suis d'avis que, compte tenu de toutes les

circonstances, il est indiqué d'imposer une peine d'emprisonnement appréciable pour satisfaire aux objectifs de dissuasion tant générale que spécifique. De plus, il devrait y avoir une ordonnance de probation comportant la condition qu'il participe à un programme de traitement des agresseurs pour une période d'un an.

ARRÊT DE LA BANDE

DÉBAT

LES QUESTIONS DÉBATTUES

FIGURENT DANS LA DOCUMENTATION

A L'ÉCRAN : DES STATISTIQUES SONT AFFICHÉES À L'ÉCRAN PENDANT QUE L'ON ENTEND LA VOIX D'UNE FEMME BATTUE DÉCRIRE SON EXPÉRIENCE (2 MINUTES)

"Au début de notre mariage, j'étais follement amoureuse. Qui aurait pu deviner ce qui arriverait durant les 12 prochaines années:.... être projetée contre les murs, jetée en bas de l'escalier, à coups de pieds, à coups de poings....il fallait voir les ecchymoses que ces coups me laissaient aux jambes et aux bras. J'étais maladroite!

Un jour, il m'a projetée si violemment contre la fenêtre de notre chambre à coucher, au 3è étage, que la vitre s'est cassée.... heureusement qu'elle était double!

Une nuit, vers la fin de notre mariage, je me suis réveillée, prise de panique, incapable de respirer - il m'étouffait avec un oreiller...Tu ronfles encore, me disait-il, de cette façon, je ne t'entends plus.

Il me cognait et me frappait même lorsque j'étais enceinte. Je n'ai jamais fait appel à la police - j'avais peur.

Les amis et la famille n'avaient rien su de tout ça. Ils n'en croyaient rien.

- "Comment as-tu pu te laisser faire"?

Je ne voulais pas admettre que cela m'arrivait. Finalement, je l'ai quitté.

Aux yeux de tous, je projetais l'image du succès - bonne mère - femme de carrière - j'étais excellente dans mon travail. J'ai eu une enfance privilégiée. Mes parents ne se doutaient de rien.

Pat coupait court mes interurbains...., il raccrochait le récepteur durant ma conversation téléphonique - ou carrément m'interdisait de leur parler. Avec le temps, ma mère s'aperçut de mon malaise, et à partir de ce moment, on a espacé nos visites.

Je niais tout - je défendais Pat et notre vie de couple.

Je suis intelligente, indépendante et j'ai beaucoup de principes - Je comprends maintenant que tout ce en quoi je crois, -

ma façon de vivre - mes valeurs - c'est tout ça qui enrage Pat. Mes aptitudes, mes capacités le font sentir inadéquat, jaloux et coupable - et pour surmonter ses faiblesses, son insécurité, il s'en prend à moi pour se valoriser.

Je me sentais sans défense, tout à fait vulnérable, déçue. Mais j'avais de l'espoir, je voulais que ça marche. Pat m'a convaincue que j'étais sotte et que c'était ma faute si cela ne fonctionnait pas.

J'ai vécu ça pendant 6 ans - et cette année finalement je me sens bien, je me sens moi-même. Lorsque je l'ai quitté, j'ai fait un changement radical dans ma vie. J'ai dû recommencer au bas de l'échelle. Je suis parmi les chanceuses. Plusieurs femmes n'ont pas de ressources. Combien de fois j'ai voulu abandonner....

Pat a voulu avoir la garde d'Alex et la cour a exigé qu'Alex ait une évaluation psychologique. Mes plus durs moments étaient lors de nos rencontres avec le travailleur social. Etre dans la même pièce que Pat était pour moi intolérable; c'était pire que lorsqu'on vivait sous le même toit.

Alex vit avec moi maintenant et voit son père à l'occasion.

Et Alex? il ne se rappelle pas tout. Il sait que son père a un tempérament violent; et que ce n'est pas la façon de régler ses problèmes en frappant quelqu'un... Pendant les 3 premières années de notre nouvelle vie, Alex défoulait ses frustrations et sa colère contre moi, comme son père, à coups de pieds et à coups de poings. C'est mieux maintenant, mais la majorité des garçons qui ont vu leur père battre leur mère, répètent souvent les mêmes actes plus tard.

J'espère que les choses s'arrangeront!

A L'ÉCRAN : FOND DE LA MEME COULEUR Q'UN ONGLET
DANS LE CLASSEUR DE DOCUMENTATION

2. LES FEMMES ET L'EMPLOI DANS LES INSTANCES DE GARDE D'ENFANTS ET CELLES RELATIVES AUX ALIMENTS.

À L'ÉCRAN : 2è situation

À L'ÉCRAN : M. le juge B. Grenier
présente le 2è scénario

Le deuxième scénario se rapporte à un litige relatif à la garde d'un enfant de 4 ans. Les parents travaillent tous les deux et sont tous deux de bons parents. La documentation expose la situation plus en détails. Le juge de première instance a confié

la garde au père, tout en accordant de généreux droits de visite à la mère. La décision a été portée en appel et l'ordonnance de garde a été suspendue entre-temps. Voici deux arrêts de cours d'appel qui présentent des points de vue fort différents.

À L'ÉCRAN : AU TRIBUNAL, SCÈNE E

M. LE JUGE HUGESSEN (EN TOGE)

REND LA DÉCISION EN APPEL

Il s'agit d'un appel du jugement du juge Leblanc. Le présent appel soulève la question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans l'application du critère de l'intérêt de l'enfant en n'accordant pas suffisamment d'importance au besoin que celui-ci a de sa mère et à l'arrangement existant convenu par les parties.

Le juge de première instance a conclu qu'aucun élément n'établissait qu'un parent est plus apte que l'autre.

Le père prétend que, étant cultivateur, il est mieux en mesure d'élever l'enfant parce qu'il a en général plus de temps à passer avec celle-ci durant la semaine au cours de l'année qui vient, avant que l'enfant n'atteigne l'âge scolaire. Il prétend que la mère, qui travaille de neuf à cinq, ne peut passer que 4 heures par jour avec l'enfant et que c'est «la garderie qui élève notre fille», selon ses propres termes. Au cours des périodes les plus occupées sur la ferme, la grand-mère paternelle serait en mesure de prendre soin de l'enfant.

La mère, invoquant le fait qu'elle est la mère de l'enfant, affirme que c'est elle qui en a pris soin depuis sa

naissance et qu'il faut accorder priorité à cette stabilité et la continuer.

Le juge de première instance, ainsi que de nombreux autres juges, ont rejeté l'emphase placée sur le besoin de l'enfant de rester auprès de sa mère. On qualifiait jadis la règle du «bas âge» de «règle de bon sens». Cependant lorsque nous parlons de bon sens, nous invoquons souvent des suppositions conventionnelles non formulées. Je suppose que cela n'est pas en soi une mauvaise idée, à moins que le fondement de ces suppositions tacites ne soit mis en doute. Le fait que les femmes ont une aptitude intrinsèque particulière à prendre soin des enfants, aptitude que n'auraient pas les hommes, est une supposition qui est non seulement mise en doute mais généralement rejetée aujourd'hui.

Le nouveau modèle «moderne» de mariage suppose la «coopération maritale», l'homme et la femme jouant des rôles légèrement différents. Suivant ce modèle, le mari peut demeurer le soutien de la famille et la femme peut rester à la maison, mais elle n'est pas la seule à supporter le fardeau d'élever les enfants. Dans le mariage «postmoderne», on tente à tout prix d'éviter d'établir des distinctions fondées sur le sexe. L'on tente de partager le plus complètement possible les nombreuses tâches reliées à l'éducation des enfants et au fonctionnement du foyer, voire même à la maternité.

Suivant mon interprétation du jugement, le juge de première instance a bien tenu compte du statu quo, des aptitudes des deux parents et de leur dévouement aux soins futurs de l'enfant, ainsi que du temps supplémentaire dont le père disposerait au cours de l'année à venir. Compte tenu de toutes les circonstances, le juge de première instance était fondé à décider qu'il était dans l'intérêt de l'enfant qu'elle soit confiée au père. L'avocat de la mère a soutenu qu'elle est en fait punie parce qu'elle travaille. Je concède qu'accessoirement son besoin de travailler la rend victime de cette situation, mais nous devons prendre la décision qui sert le mieux l'intérêt de l'enfant, et non celle qui est équitable pour les parents. L'appel est rejeté.

À L'ÉCRAN : AU TRIBUNAL
Mme LA JUGE L. MAILHOT (EN TOGE)
REND LA DÉCISION EN APPEL

Dans le présent appel, l'on prétend que le juge de première instance a commis une erreur dans l'application du critère de «l'intérêt de l'enfant» en n'accordant pas un poids suffisant au statu quo et aux besoins continus de l'enfant d'être avec sa mère.

En première instance, le juge et les avocats ont exposé la position de la mère en fonction de la présomption relative au bas âge. Bien qu'il soit exact que cette règle puisse être devenue caduque, elle n'est pas en cause en l'espèce.

Le droit de la famille reconnaît de plus en plus l'existence d'une notion sociale plus moderne de coopération entre les parents, qui sont conjointement responsables des fonctions économiques et de celles reliées au foyer familial. L'on suppose aujourd'hui que les hommes et les femmes sont plus libres de partager ou d'échanger les rôles de «soutien de famille» et de «principal responsable des soins». Le concept de la coopération familiale est attrayant parce qu'il symbolise l'égalité des hommes et des femmes.

Malgré ce concept, il est dangereux de supposer que toutes les familles ont adopté cette structure «moderne». En l'espèce, les deux parents travaillaient avant la naissance de l'enfant. Par la suite, le couple n'a pas choisi de partager également les rôles, mais plutôt de maintenir un arrangement plus traditionnel. Ils ont convenu que la mère renoncerait à son indépendance économique et à la possibilité d'une carrière pour jouer le rôle de principale responsable des soins de l'enfant. Suite à ce choix fait par les deux parents, la mère a acquis une plus grande expérience à ce titre de principale responsable des soins.

L'enfant a toujours été proche de sa mère. Elle se fie à celle-ci pour satisfaire à ses besoins quotidiens. L'enfant, les parents et la famille sont habitués à ce partage des responsabilités et les deux parties ont d'ailleurs convenu de

maintenir cet arrangement après la séparation jusqu'à ce que le tribunal tranche la question de la garde.

Le père est un parent affectueux et très capable. L'enfant tient à ses rapports avec celui-ci. Cependant, le désir du père de changer de rôle et de devenir le principal responsable des soins donnés à l'enfant ne l'emporte pas sur l'importance des quatre bonnes années de rapports entre l'enfant et la principale responsable actuelle, la mère. L'on a avancé que le père disposerait de plus de temps auprès de l'enfant durant la semaine, et ce, pendant l'année qui vient. Le juge de première instance s'est d'ailleurs fondé sur ce fait. Bien qu'il s'agisse d'un facteur pertinent, la question n'en est pas une de quantité mais plutôt de qualité. Le temps passé avec la mère est ici de qualité et il n'y a aucune raison de critiquer son choix de garderie. Le recours aux garderies est devenu une nécessité dans notre société où de plus en plus de femmes choisissent d'assurer leur indépendance financière ou doivent le faire. La garderie n'élimine pas le rôle du principal responsable des soins.

Compte tenu de toutes les circonstances, je conclus que le juge de première instance a commis une erreur en ne reconnaissant pas l'expérience et le talent de la mère comme principale responsable des soins de l'enfant, et la valeur de cette relation stable pour l'enfant. Il y va de l'intérêt de l'enfant

d'accorder la garde à la mère, avec de généreux droits de visite et de sortie au père.

ARRÊT DE LA BANDE

DÉBAT

LES QUESTIONS DÉBATTUES

FIGURENT DANS LA DOCUMENTATION

À L'ÉCRAN : FOND DE LA MÊME COULEUR QU'UN ONGLET

DANS LE CLASSEUR DE DOCUMENTATION

3. AGRESSION SEXUELLE

PROCÈS ET DÉTERMINATION DE LA PEINE

À L'ÉCRAN : TROISIÈME SITUATION

À L'ÉCRAN : M. LE JUGE BERNARD GRENIER

Dans le scénario suivant, nous assisterons à une partie du contre-interrogatoire d'une victime de viol. Le viol a eu lieu la nuit, dans l'appartement où la victime habite seule. Nous examinerons plus loin les détails relatifs au viol lui-même et aux divers acteurs impliqués dans cet incident.

À L'ÉCRAN : AU TRIBUNAL

L'AVOCAT DE LA DÉFENSE

LA TÉMOIN : PORTANT DES VÊTEMENTS TRÈS À LA MODE: APPARENCE PEU CONVENTIONNELLE

DEVANT PRÉSENTER DE FAÇON CONTRÔLÉE LE SYNDROME CONSÉCUTIF AU TRAUMATISME PROVOQUÉ PAR LE VIOL

Mme LA JUGE L. MAILHOT

CONTRE-INTERROGATOIRE

DÉFENSE : Qu'est-il arrivé après qu'il soit entré dans le salon?

TÉMOIN : Il m'a jetée par terre et m'a dit que si je ne faisais pas ce qu'il voulait, il me tuerait.

DÉFENSE : Qu'avez-vous fait?

TÉMOIN : Rien. Je ne pouvais rien faire. J'avais trop peur. Je répétais continuellement «s'il vous plaît ne me faites pas ça, ne me faites pas ça».

DÉFENSE : Avez-vous appelé à l'aide?

TÉMOIN : Non.

DÉFENSE : Avez-vous tenté de vous enfuir?

TÉMOIN : Non. Qu'est-ce que je devais faire? Il m'avait dit qu'il me tuerait et je le croyais.

DÉFENSE : Vous aviez bu ce soir-là et vous vous sentiez bien, n'est-ce-pas?

TÉMOIN : Oui.

DÉFENSE : Êtes-vous sûre de pouvoir vous rappeler ce qui s'est véritablement passé?

TÉMOIN : Evidemment que je m'en rappelle.

DÉFENSE : Lorsque vous avez expliqué à la police ce qui s'était passé vous n'étiez pas ébranlée. Vous ne

l'étiez pas non plus lorsque vous nous avez relaté l'événement, ici au tribunal. N'est-ce pas vrai?

TÉMOIN : Bien sûr, je ne me suis pas effondrée et mise à pleurer, mais j'étais bouleversée (voix et attitude très contrôlées).

DÉFENSE : En fait, vous avez même ri à un moment donné lorsque l'avocat de la poursuite vous a demandé de décrire ce que cet homme vous avait fait.

TÉMOIN : Oui mais... (silence)

DÉFENSE : Si je comprends bien vous l'avez par la suite aidé à trouver ses vêtements. Est-ce vrai?

TÉMOIN : Oui, je voulais qu'il s'en aille.

DÉFENSE : Vous l'avez raccompagné à la porte n'est-ce pas?

TÉMOIN : Oui, je voulais qu'il parte.

DÉFENSE : Vous l'avez même embrassé n'est-ce-pas?

TÉMOIN : J'ai dû le faire. Il m'a dit de le faire. Je voulais simplement qu'il s'en aille. Je m'en foutais à ce moment-là, je voulais simplement qu'il s'en aille.

DÉFENSE : Pourquoi n'avez-vous pas appelé vos voisins à l'aide ou couru chercher de l'aide?

TÉMOIN : Je ne voulais pas d'aide à ce moment-là. Je ne voulais pas que personne le sache.

DÉFENSE : En fait, vous n'avez appelé la police que trois semaines plus tard, n'est-ce-pas?

TÉMOIN : Exact.

DÉFENSE : Et vous n'avez subi aucune blessure exigeant des soins médicaux, n'est-ce-pas?

TÉMOIN : Non.

ARRÊT DE LA BANDE

DÉBAT

LES QUESTIONS DÉBATTUES

FIGURENT DANS LA DOCUMENTATION

À L'ÉCRAN : M. LE JUGE BERNARD GRENIER

Il me fait plaisir de vous présenter maintenant le docteur Rebeka Moscarello, du WOMEN'S COLLEGE HOSPITAL de Toronto. Le docteur Moscarello est experte dans le domaine du syndrome traumatique du viol considéré comme trouble de stress post-traumatique. Elle expliquera quelles sont les réactions immédiates et à long terme des femmes qui ont été victimes d'agression sexuelle.

A L'ÉCRAN : DESSINS

RÉALISÉS PAR DES VICTIMES D'AGRESSION SEXUELLE

VOIX D'UNE EXPERTE, Mme MOSCARELLO (2 minutes)

Les trois victimes mises en scène ont éprouvé des sentiments similaires.

Si on analyse la situation où la victime subit un traumatisme psychologique grave suite à une agression sexuelle, on remarque que le premier acte de violence est celui d'être jetée au sol et menacée de mort à défaut de coopération. La victime éprouve une peur panique, la crainte de la mort et un sentiment d'impuissance. Ces trois émotions, suscitées par l'acte de violence délibéré d'un autre être humain, portent gravement atteinte à l'égo.

Face à une menace de mort l'instinct de survie se manifeste de l'une de deux façons: le style contrôlé et le style incontrôlé, les personnes se repartissant également entre les deux catégories. Dans le style contrôlé, la personne est calme, contrôlée, organisée et coopérative. On en a vu une illustration lorsqu'un avocat a été abattu dans une salle d'audience à Toronto. Certains ont immédiatement pris la situation en main, d'autres ont fait ce qu'on leur a dit de faire, d'autres encore sont devenus hystériques et ont "perdu le contrôle". Ces derniers font partie de la catégorie des personnes "incontrôlées", hystériques, désorganisées et raisonneuses. La société s'attend à ce que les victimes d'agressions sexuelles "perdent le contrôle", ce qui confirmerait la réalité de l'agression.

Nos victimes ont coopéré pour survivre, ont fait ce qu'on leur a dit, ont même embrassé l'agresseur à son départ.

Le style contrôlé peut se manifester immédiatement après l'agression ou plus tard au tribunal.

Le rire de la victime, sur lequel on a attiré l'attention, est un réflexe de défense contre la douleur, la rage ou la dépression aiguë.

Remarquez que les changements d'ordre neuro-physiologique qui découlent d'un traumatisme psychologique grave peuvent causer une perte partielle et sélective de certaines parties de l'agression sexuelle (sans que la consommation d'alcool ou de drogues soit en cause (1)); "Toutes les personnes qui ont assisté au drame dans la salle d'audience se sont-elles souvenues de tous les détails de l'événement?"

Parmi les motifs que la victime peut avoir de ne pas alerter les voisins ou la police, on compte le choc causé par l'agression, le fait d'en nier la réalité, la gêne et l'humiliation. La victime d'une agression sexuelle ressent des sentiments douloureux de honte et de dégradation suite à l'atteinte à son intégrité physique, à l'invasion des espaces les plus intimes de son corps. Relater des rapports intimes en détails à des étrangers est gênant.

Il n'est pas exceptionnel que la victime attende trois semaines pour porter plainte. La plupart des femmes ne le font

jamais. Craindre de ne pas être crue et d'être blâmée ("vous aviez bu"), savoir que sa crédibilité sera attaquée et qu'on souffrira de nouveau dans le cadre contradictoire du système de justice pénale, accroissent les hésitations à porter plainte.

Une étude récente a démontré que, dans les cas où la victime nécessite des soins médicaux, c'est l'angoisse subjective, et non des preuves objectives de violence, qui correspond à des symptômes à long terme d'anxiété et de peur.

Près de 70 pour cent des victimes d'agressions sexuelles en ont des séquelles permanentes reliées à la qualité de vie, au risque accru de troubles psychiatriques et à une santé physique fragile.

Il est difficile à la victime d'une agression sexuelle de retrouver l'estime de soi et un sentiment de sécurité dans un monde violent.

Pour conclure, il ressort d'études récentes que les séquelles psychologiques varient selon que l'agresseur sexuel est ou non étranger à la victime. Dans le premier cas, il s'agit surtout d'anxiété et de peur, dans le second, de sentiments de honte et de culpabilité, et de la perte de confiance dans son appréciation des hommes. Les victimes d'agressions perpétrées par

des connaissances, des amis ou le conjoint ont des difficultés encore plus graves à porter plainte ou à chercher de l'aide.

- la réaction de la femme varie, aucune réaction type, chaque réaction est unique
- le 1/3 se bat, le 1/3 tente de discuter, le 1/3 hurle ou s'enfuit
- la culpabilité des femmes qui ne résistent pas
- la moitié réagit de façon émotive, en pleurant, par une crise d'hystérie, et ainsi de suite
- la moitié a une réaction très contrôlée
- la plupart des femmes ne déclarent pas ces crimes
- de nombreuses femmes attendent avant de les déclarer
- les plaintes spontanées constituent l'exception plutôt que la règle
- l'importance de la peur et son incidence sur la victime au moment de l'agression et par la suite
- les femmes qui tentent de contrôler la situation peuvent finir par «coopérer avec l'agresseur», ce qui les culpabilise
- de nombreuses victimes ont besoin de soins médicaux
- tous les viols sont des actes de violence
- le traumatisme est permanent, bien que certaines apprennent à le maîtriser plus rapidement que d'autres; pour certaines cela prend toute la vie
- le fait de blâmer la victime aggrave le traumatisme
- le traumatisme est plus grave si la victime connaît l'agresseur

A L'ÉCRAN : FOND DE LA MEME COULEUR QU'UN ONGLET DANS LE CLASSEUR DE DOCUMENTATION

4. LA CRÉDIBILITÉ DES FEMMES AU TRIBUNAL

A L'ÉCRAN : QUATRIÈME SITUATION

A L'ÉCRAN : M. LE JUGE BERNARD GRENIER RELATE LA QUATRIÈME SITUATION

Le scénario suivant s'inspire d'une affaire réelle qui est survenue au Canada. Vers la fin d'un procès civil de deux semaines devant la Cour supérieure, le juge a demandé aux avocats de le rencontrer dans son cabinet pour régler certains problèmes d'horaire. L'avocat du demandeur est un avocat d'expérience qui connaît bien le juge, tant socialement que professionnellement. L'avocate du défendeur est plus jeune. Les deux jouissent d'une excellente réputation de plaideurs et n'ont entre eux que des rapports professionnels.

A l'ÉCRAN : DANS LE CABINET DU JUGE

AVOCAT NO. 1. (EN TOGE)

AVOCAT NO. 2. (VESTE SANS DOS SUR UNE CHEMISE SOUS LA TOGE)

M. LE JUGE J. HUGESSEN (EN TOGE)

ON FRAPPE À LA PORTE

LE JUGE — Entrez

L'AVOCAT 1. — Vous vouliez nous voir?

LE JUGE — Entrez, entrez. Je voulais vous parler à tous les deux. Asseyez-vous. Merci d'être venus.

LES AVOCATS ENTRENT ET S'ASSOIENT. L'ON NE VOIT PAS LE VISAGE DE L'AVOCAT N° 2.

LE JUGE — David, avant de commencer, je voulais te demander, quand a lieu le tournoi annuel de notre association?

L'AVOCAT N° 1 — C'est cette fin de semaine. Viens-tu?

LE JUGE — Robert vient-il?

L'AVOCAT N° 2 — Je ne crois pas. J'essaye encore de communiquer avec Jean cependant. Le verras-tu?

LE JUGE : — Oui. Veux-tu que je lui demande s'il vient?

L'AVOCAT N° 1 — S'il te plaît. Dis-lui de me téléphoner s'il veut que je lui réserve une place.

LE JUGE
CONTACT VISUEL
ESSENTIELLEMENT AVEC
L'AVOCAT N° 1 — C'est ce que je ferai. Si ça ressemble à l'année dernière ça devrait être amusant. (pause) Bon, la raison pour laquelle je vous ai demandé de venir me rencontrer, c'est pour me dire si nous en avons encore pour longtemps. J'ai une autre affaire inscrite pour la semaine prochaine et j'essaye d'éviter un conflit si c'est possible.

L'AVOCAT N° 1 — Bien, je crois qu'elle en a pour une journée encore de contre-interrogatoire de ce témoin. Je ne vois vraiment pas pourquoi elle continue (pause). Puis j'ai deux autres témoins. Je crois comprendre qu'elle produira elle-même un

témoin. Je suppose que nous en avons encore pour trois jours.

LE JUGE. Est-ce exact jeune fille?

L'AVOCAT N° 2 (L'ON NE VOIT PAS SON VISAGE À L'ÉCRAN)

M. le juge, je ne peux savoir exactement pour combien de temps j'en ai avec ce témoin. Cela dépendra vraiment de ce qu'il va raconter. Il se peut aussi que mon collègue veuille l'interroger plus tard.

LE JUGE SE LÈVE ET DIT

Bien, voyez ce que vous pouvez faire.

LES AVOCATS SE LÈVENT

L'AVOCAT N° 1 DIT AU JUGE, AU MOMENT OÙ L'AVOCAT N° 2 SE TOURNE POUR SORTIR (L'ON NE VOIT TOUJOURS PAS SON VISAGE)

Je vous verrai au tournoi.

L'AVOCAT N° 1

(MONTRE LE DOS DE L'AVOCAT N° 2)

L'AVOCAT N° 1 AU JUGE — Heh, Heh as-tu vu ça?

L'AVOCAT N° 1
BAISSE LA TOGE DE L'AVOCAT N° 2
ET DIT AU JUGE — Regarde comme elles sont devenues modernes avec leurs vestes sans dos!

ARRÊT DE LA BANDE
DÉBAT
LES QUESTIONS DÉBATTUES
FIGURENT DANS LA DOCUMENTATION

À L'ÉCRAN : IMAGE FIXE ET VOIX D'UNE FEMME QUI EXPLIQUE LA RÉACTION DE LA FEMME A L'INCIDENT (2 minutes)

Cela m'a prise totalement au dépourvu. Je ne savais pas comment réagir. Sur le coup, j'étais furieuse. J'avais l'impression que, quoi que je fasse, cela porterait atteinte à ma crédibilité à l'égard du juge ... Je n'ai donc rien dit.

Le juge n'a rien dit non plus. Je crois que cela l'a choqué.

L'avocat qui a fait ça avait manifestement une énorme confiance en lui-même. Nous ne nous connaissions pas, sauf professionnellement.

Le fait qu'auparavant il avait répondu à ma place, que j'étais pour ainsi dire invisible, a sûrement contribué à sa perception de ma vulnérabilité et de sa position dominante. Compte tenu de cette perception, il ne fallait pas grand-chose pour qu'il franchisse le pas suivant, fasse totalement fi de mon statut professionnel, et m'humilie.

Après, je n'ai rien dit, je n'en ai parlé à personne pendant très, très longtemps. Cela m'a rendue d'autant plus furieuse. Mon mutisme et celui du juge n'ont fait que renforcer le déséquilibre des forces en présence.

Les avocates évitent souvent les cabinets des juges, parce qu'elles y ont souvent été victimes d'un traitement inégal. Notre rôle professionnel est mieux protégé au tribunal.

Bien que vous puissiez croire que cela ne peut se produire, cela m'est arrivé. L'agresseur était un avocat distingué, à l'excellente réputation. Ce qu'il faut souligner, c'est que l'agression est le simple prolongement de ce qui s'était passé auparavant dans le cabinet du juge.

Si le juge avait adopté une attitude plus équilibrée dès le début, l'incident ne serait peut-être jamais survenu, car l'avocat n'aurait pas ressenti la même inégalité des forces en présence.

Ce qui me perturbe particulièrement, c'est que si cela peut arriver à quelqu'un comme moi, dans ma situation et avec mon expérience, par un avocat par ailleurs excellent, il faut s'inquiéter de la situation dans laquelle se trouvent les autres femmes au tribunal, qu'il s'agisse de témoins, d'accusées, d'avocates ou de membres du personnel. Les juges jouent un rôle en pareil cas, qu'ils participent directement ou qu'ils ne disent rien.

D. CONCLUSIONS

À L'ÉCRAN : M. LE JUGE BERNARD GRENIER

Le Comité de la formation du Conseil canadien de la magistrature et le Centre canadien de la magistrature vous ont présenté ce cours dans le cadre de l'engagement qu'ils ont pris de promouvoir l'égalité et l'impartialité au sein de la magistrature.

Le cours visait à vous donner l'occasion d'analyser vos opinions à la lumière de la réalité canadienne et d'expériences représentatives vécues par certaines femmes. Bien qu'il y ait plusieurs autres questions reliées à l'égalité des sexes, ce cours

nous paraît être un premier pas pour quiconque veut relever le défi que présente l'article 15 de la Charte.

AGRESSION CONTRE L'ÉPOUSE OU LA CONJOINTE

INSTANCES PÉNALES ET INSTANCES RELATIVES À LA GARDE

PREMIÈRE SITUATION

Le mari est un cadre d'âge et de revenu moyens. L'épouse est une ménagère d'âge moyen. Ils sont mariés depuis 12 ans et ont deux enfants, un garçon de 8 ans et une fille de 6 ans. Le mari, qui subit un stress important au bureau, rentre tard un soir à la maison. Bien que sa famille soit habituellement à la maison le soir, elle n'y était pas ce jour-là.

A 21 h 30, lorsque son épouse et ses enfants rentrent, il y a une discussion dans la cuisine. Le mari est mécontent que sa femme n'ait pas été à la maison plus tôt avec les enfants. Il a consommé quatre bières au cours des trois heures précédentes. Les enfants sont envoyés à leur chambre, d'où ils ont peuvent entendre ce qui suit. La discussion est vive. Le mari prend un couteau à steak dans un tiroir de la cuisine et le tient de façon menaçante. Il gifle sa femme et la prend par le cou, en tenant le couteau contre sa gorge. L'épouse le frappe et menace d'appeler la police s'il ne cesse pas. Il dit alors qu'il va la tuer.

On sonne à la porte, la femme hurle et il la relâche. Elle ouvre la porte et part en courant, écartant le livreur de pizza qui apporte le souper de son mari. Elle ne dit pas au

livreur ce qui s'est passé et passe la nuit chez sa soeur. Le lendemain, elle appelle la police parce qu'elle craint que son mari la tue. Le mari est accusé d'agression armée, infraction prévue par l'alinéa 267 (1)a) du Code criminel.

Au procès, l'accusé déclare qu'il y a eu une discussion, mais qu'il n'a jamais utilisé le couteau de façon menacante et qu'il n'a jamais menacé de tuer son épouse. Il admet qu'il avait un couteau à la main, mais déclare qu'il se préparait simplement à découper la pizza. Le juge croit la version des faits donnée par la femme. La femme n'a que des bleus légers suite à l'agression et n'a pas été traitée par un médecin. Elle a témoigné également qu'il y a eu d'autres agressions dans le passé mais que c'était là la plus grave.

Le mari est déclaré coupable et l'audition présentencielle est en cours. La peine maximale prévue pour cette infraction est de 10 ans d'emprisonnement. L'accusé n'a pas de casier judiciaire.

VOIR

LA PREMIÈRE SITUATION

DANS L'ENREGISTREMENT MAGNÉTOSCOPIQUE

QUESTIONS À DÉBATTRE

PREMIÈRE SITUATION

PREMIÈRE PARTIE

Instance pénale

1. Quel est le point de vue qui vous paraît le plus juste? Pourquoi? Quelle peine imposeriez-vous? Pourquoi?
2. S'il s'agissait d'une agression entre étrangers, quelle période d'emprisonnement vous paraîtrait indiquée? Est-ce qu'une agression entre conjoints est plus sérieuse ou moins sérieuse qu'une agression identique entre étrangers? Les peines en cas d'agression entre conjoints devraient-elles être les mêmes qu'en cas d'agression entre étrangers, plus lourdes ou moins lourdes? Devrait-on tenir compte de la notion d'égalité de protection et d'avantage de la loi pour les femmes?
3. La peine devrait-elle être différente si le couple ne s'était pas réconcilié? La peine devrait-elle être moins lourde à cause de la décision de la victime de lui donner une autre chance? Est-ce que le retour de l'épouse vous amène à penser qu' «il ne doit pas y avoir de risque» ou croyez-vous qu' «il y a un risque grave»? Si le couple demeure séparé, auriez-vous tendance à croire que le risque continue d'exister ou qu'il a disparu?
4. Si le couple était composé d'immigrants récents au Canada venant d'un pays où les agressions contre l'épouse ne

constituent pas un crime, la peine que vous imposeriez serait-elle différente?

PARTIE B

Instance relative à la garde d'enfant

5. Supposons pour le reste du débat que le couple demeure séparé et que la question de la garde est débattue devant le tribunal compétent. Quelle est l'incidence de la violence familiale sur l'intérêt de l'enfant et sur les aptitudes parentales de l'homme et de la femme? L'agresseur peut-il être un «bon père de famille»? Quelle est l'incidence de ce modèle sur les enfants?

LES FEMMES ET L'EMPLOI

DANS LES INSTANCES RELATIVES À LA GARDE ET AUX ALIMENTS

DEUXIÈME SITUATION

Le couple s'est marié en 1980. Il habite une roulotte sur une ferme située à proximité de la maison des parents du mari. Le mari exploite la ferme avec son père. La mère travaille comme secrétaire. En 1984, ils adoptent un enfant nouveau-né et la mère quitte son emploi pour s'occuper de l'enfant. Quatre ans plus tard, la mère et l'enfant laissent la ferme et emménagent dans un appartement en ville situé à proximité de la résidence de ses parents, suite aux difficultés que connaît le couple. L'épouse intente une action en divorce. La seule question en litige au procès est celle de la garde de l'enfant, alors âgée de 4 ans et demi. Entre la séparation et le procès, l'épouse recommence à travailler comme secrétaire et le mari continue d'exploiter la ferme. L'enfant est placée en garderie durant la journée pendant que la mère travaille. Les parents ont convenu que la mère aurait la garde provisoire de l'enfant et que le père pourrait la prendre avec lui une fin de semaine sur deux, du vendredi au mardi matin. Le père a l'intention de se remarier et de continuer d'habiter la ferme familiale. La mère a l'intention d'acheter une petite maison avec l'argent réalisé suite au partage des biens familiaux et de continuer à travailler. Au procès, le juge de première instance a conclu que les deux parents étaient également aptes à élever l'enfant, du point de vue tant matériel qu'émotionnel et spirituel. Il a déclaré qu'il n'y avait aucune raison de préférer les

aptitudes d'un parent à celles de l'autre. En accordant la garde au père, le juge de première a décidé que le père serait mieux en mesure de s'occuper de l'enfant, parce que son horaire à la ferme est plus flexible et qu'il peut par conséquent passer plus de temps chaque jour avec l'enfant jusqu'à ce qu'elle aille à l'école. La mère s'est vu accorder de généreux droits de visite. La décision a été portée en appel et l'ordonnance de garde a été suspendue en attendant la décision de l'appel.

VOIR LA DEUXIÈME SITUATION

DANS L'ENREGISTREMENT MAGNÉTOSCOPIQUE

QUESTIONS A DÉBATTRE

DEUXIÈME SITUATION

PARTIE A

GARDE

1. Quel jugement retiendriez-vous et pourquoi? Quelles hypothèses sont retenues concernant les rôles respectifs des sexes? Quelle valeur faut-il reconnaître à l'expérience du principal responsable de soins et à la relation de l'enfant avec celui-ce ou celle-ci?

2. Si le juge avait des enfants en garderie, cela pourrait-il avoir une influence sur sa décision? L'inverse est-il vrai? Si le juge présidant le procès était le principal responsable de soins, cela pourrait-il avoir une influence sur la valeur qu'il attache à ce rôle?

3. Si le père s'était remarié au moment où l'ordonnance de garde est portée en appel et si sa nouvelle épouse pouvait prendre soin de l'enfant à temps plein, cela aurait-il une influence sur votre décision? Quelle incidence cela a-t-il sur la valeur attachée au rôle du principal responsable de soins ou à la possibilité de transférer ce rôle d'une personne à l'autre?

4. Quelles sont les conséquences pour la société, pour les principaux responsables de soins et pour les enfants de ne pas reconnaître le rôle des principaux responsables de soins?

5. Dans les familles canadiennes où les deux parents travaillent, est-ce que le concept du partage égal des responsabilités relatives aux enfants et au foyer est une réalité ou un mythe? Quelles sont les conséquences pour la capacité de gagner un revenu de chacun des deux parents?

PARTIE B ALIMENTS

Les questions qui suivent ne portent pas expressément sur la deuxième situation.

6. Supposons maintenant une famille où un seul parent travaille, ou les deux, mais où l'un d'eux assume la plupart des responsabilités du principal responsable des soins des enfants. Le principal responsable des soins connaît des arrêts de travail et est incapable de se déplacer ou de faire du temps supplémentaire. Quels sont les coûts économiques pour le principal responsable? Quels sont les gains économiques pour la personne qui n'est pas la principale responsable? Si les conjoints conviennent de se partager les rôles, qui devra supporter les pertes économiques?

7. Les ordonnances alimentaires devraient-elles être fondées sur l'hypothèse que le père et la mère sont maintenant égaux parce qu'ils sont tous deux capables d'assurer leur indépendance économique sur le marché du travail? Les ordonnances alimentaires devraient-elles être fondées sur l'inégalité économique effective qui découle du partage des rôles pendant le mariage et viser à favoriser une situation économique plus égale après la séparation?

8. L'alinéa 15(7)b) de la Loi sur le divorce traite de la répartition entre les conjoints des conséquences économiques qui découlent du soin d'un enfant, en sus de leur obligation financière commune, et vise à remédier aux difficultés économiques qui découlent de l'échec du mariage. L'expression conséquences économiques» comprend-elle les conséquences tant positives que négatives? L'expression «difficultés économiques» comprend-elle les occasions auxquelles le principal responsable des soins a dû renoncer? L'expérience du juge lui-même peut-elle avoir une incidence sur l'interprétation de ces concepts et sur l'ordonnance alimentaire qui sera rendue?

9. Les aliments versés au conjoint doivent-ils viser à placer le principal responsable des soins sur le même pied que l'autre conjoint, ou celui-ci doit-il avoir droit à des aliments uniquement jusqu'à ce qu'il devienne autonome? Dans ce dernier cas, tous les principaux responsables de soins doivent-ils s'attendre à un statut économique inférieur dans la société en cas d'échec du mariage? Quelles sont les conséquences pour les femmes et les enfants? Quelles sont les conséquences de ces deux analyses sur la valeur attachée aux soins prodigués par le principal responsable et sur l'acceptation par les hommes ou les femmes d'assumer ce rôle?

10. Comment prévoir le temps qui sera nécessaire pour compenser les occasions perdues du point de vue économique? Le standard

de vie du conjoint qui était le soutien de famille après la séparation doit-il être l'objectif à atteindre pour ce qui est des aliments versés au principal responsable de soins? Quelles sont les conséquences des ordonnances alimentaires de durée limitée? Ces ordonnances visent-elles à donner le temps nécessaire pour atteindre un minimum d'autonomie économique, ou plutôt le temps nécessaire pour atteindre un niveau égal d'autonomie? Faut-il accorder des aliments qui donnent au principal responsable de soins l'occasion d'atteindre le standard de vie de l'autre conjoint au moment de la séparation?

AGRESSION SEXUELLE
PROCÈS ET DÉTERMINATION DE LA PEINE
TROISIÈME SITUATION

En l'occurrence, la femme a été violée dans le salon de son appartement, où elle vit seule.

VOIR LA TROISIÈME SITUATION DANS L'ENREGISTREMENT MAGNÉTOSCOPIQUE

QUESTIONS À DÉBATTRE
TROISIÈME SITUATION

PARTIE A - PROCES

1. Compte tenu de ce qu'on a dit, et sans en venir à une conclusion sur la question de la crédibilité, quelle est votre réaction aux éléments suivants du témoignage de la victime? Ont-ils tendance à vous rendre plus ou moins sceptique, ou s'agit-il de facteurs neutres?

   a) le retard à déclarer l'infraction;

   b) le fait qu'elle n'a pas crié, ne s'est pas enfuie et n'a pas résisté avant le viol;

   c) le fait qu'elle n'a pas crié, ne s'est pas enfuie, et n'a pas résisté après le viol;

   d) l'absence de lésions corporelles exigeant des soins médicaux;

   e) le fait qu'elle a aidé l'accusé à retrouver ses vêtements, l'a accompagné à la porte et l'a embrassé;

   f) la réaction dénuée d'émotion de la victime et son rire contre-indiqué durant son témoignage;

   g) son apparence.

2. Les hommes résisteraient-ils, hurleraient-ils ou s'enfuiraient-ils s'ils étaient attaqués de cette façon? Les réactions des hommes sont-elles parfois utilisées pour apprécier les actions des femmes victimes d'agression sexuelle? Quelles sont les réactions des femmes victimes d'agression sexuelle? Sont-elles les mêmes que les réactions des hommes?

RETOUR À L'ENREGISTREMENT MAGNÉTOSCOPIQUE

PARTIE B - AUDITION PRESENTENCIELLE

Pour les fins du débat, tenez pour acquis que l'agression sexuelle qui fait l'objet de la situation a été commise par trois hommes différents (il s'agissait tous de leur première infraction, ils ont tous été élevés de la même façon, ils ont la même formation, le même emploi, les mêmes traits de caractère et ainsi de suite) dans trois situations différentes :

1. par un étranger qui est entré par effraction dans l'appartement de la victime;
2. par une connaissance qui a été invitée à entrer après une sortie;
3. par le mari de qui la victime est séparée et qui a été invité à entrer pour parler.

Dans les trois situations, l'accusé a été déclaré coupable.

3. Ces trois infractions sont-elles de gravité égale? L'une est-elle plus sérieuse que les autres? Quelle importance doit-on attacher au fait que la victime connaît son agresseur? S'agit-il d'une agression plus ou moins grave qu'une agression identique commise par un étranger? Les peines devraient-elles être différentes?

4. Les agressions sexuelles commises par des connaissances ou par le conjoint justifient-elles des peines plus sévères à cause

«de abus de confiance» qui en découle? Dans les affaires de vol et de fraude où il y a eu «abus de confiance», a-t-on tendance à blâmer la victime pour son erreur de jugement parce qu'elle s'est fiée au contrevenant? Les victimes d'agression sexuelle sont-elles traitées de la même façon? Y a-t-il ici une question d'égalité de protection et de bénéfice de la loi?

5. S'agit-il dans tous les cas d'infractions violentes? Tous les viols sont-ils violents? La contrainte est-elle un élément de toutes les agressions sexuelles?

LA CREDIBILITE DES FEMMES AU TRIBUNAL

QUATRIÈME SITUATION

Vers la fin d'un procès civil de deux semaines devant la Cour supérieure, le juge présidant le procès a demandé aux avocats de le rencontrer dans son cabinet pour régler certains problèmes d'horaire. L'avocat du demandeur est un avocat d'expérience qui connaît bien le juge, tant socialement que professionnellement. L'avocate du défendeur est plus jeune. Les deux jouissent d'une excellente réputation comme plaideurs et n'ont entre eux que des rapports professionnels.

VOIR LA QUATRIÈME SITUATION

DANS L'ENREGISTREMENT MAGNÉTOSCOPIQUE

QUESTIONS À DÉBATTRE

QUATRIÈME SITUATION

1. Quelle serait votre réaction si vous étiez le juge dans cette situation? Rire avec votre ami? Ne rien faire? Protester?
2. Si la femme réagissait en criant et en s'en prenant violemment à l'avocat, comme cela affecterait-il la perception que vous aviez à son sujet? Si elle riait avec l'avocat, comment réagiriez-vous? Quelle devrait être sa réaction? Devrait-elle faire preuve d'un peu de tolérance et avoir le sens de l'humour? Devrait-elle en faire tout un plat? A-t-elle le choix? Cela risque-t-il de nuire à sa crédibilité ou à son client?
3. Le comportement de l'avocat porte-t-il atteinte à sa crédibilité? Aurait-il agi de la même façon dans un milieu principalement féminin?
4. Quelles autres questions soulève cette situation? (3)
5. En général, que devrait faire le juge confronté à des remarques ou des gestes subtilement sexistes au tribunal? Quelles en sont les conséquences pour les femmes? Cela a-t-il une incidence sur la perception de la justice ou l'accessibilité des tribunaux aux femmes?
6. Les tribunaux devraient-ils utiliser uniquement des termes neutres et inclusifs et ne pas établir de distinctions fondées sur le sexe? Comment réagissez-vous à quelqu'un qui utilise «il ou elle»? Comment réagissez-vous, ou comment réagiriez-

vous, si quelqu'un utilise «elle ou il»? Les termes inclusifs contribuent-ils à l'égalité d'accès et de traitement dans le cadre de l'administration de la justice? Ont-ils quelque importance que ce soit?

7. Dans les affaires d'agression sexuelle et de voies de fait contre les femmes, les juges ont-ils encore tendance à refuser de croire une femme qui tarde à déclarer l'incident, malgré les statistiques qui démontrent que c'est la norme et non l'exception? Malgré l'abolition de la règle de la plainte spontanée, les attitudes peu éclairées qui la sous-tendaient ont-elles disparu?

8. Lorsque les victimes d'agression sexuelle ou de voies de fait tentent par la suite de minimiser, voire même de nier, l'expérience qu'elles relatent à la police, cette déclaration incompatible a-t-elle tendance à anéantir leur crédibilité dans votre esprit, ou ne fait-elle que l'affaiblir? Admettriez-vous une preuve d'expert qui établirait que la nature des agressions sexuelles et des voies de fait contre des femmes, en particulier lorsque la victime connaît l'agresseur, amène souvent les femmes à nier ou minimiser l'incident?

9. La façon dont une femme s'habille au tribunal a-t-elle une incidence sur sa crédibilité dans un procès pour agression sexuelle? Si oui, pourquoi? Devrait-il en être ainsi?

Document: 860-265/012

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION
OF PROVINCIAL COURT JUDGES

Aids in Canada: Legal and Ethical Aspects

Susan Zimmerman

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

PLEASE NOTE

This document is made available by the Canadian Intergovernmental Conference Secretariat (CICS) for education and/or information purposes only. Any misuse of its contents is prohibited, nor can it be sold or otherwise used for commercial purposes only. Reproduction of its contents for purposes other than education and/or information requires the prior authorization of the CICS.

Intergovernmental Document Centre
P.O. Box 488, Station A
Ottawa, Ontario K1N 8V5

AIDS IN CANADA: LEGAL AND ETHICAL ASPECTS

One might wonder how a viral infection becomes a topic at a conference of judges. AIDS, however, is much more than simply a medical condition: it is a social phenomenon which raises difficult ethical and legal issues across a surprisingly broad spectrum. For persons with AIDS , it raises questions of human rights in such basic areas as housing, employment and access to health care.

For society at large, AIDS raises issues of public health and safety - are we adequately protected against the risk of transmission of a virus which is ultimately fatal? Is it safe to work with someone whose mental or physical capacity may be diminished by the AIDS virus?

Such issues are not without historical precedent. Fear and discrimination have always accompanied the appearance of a transmissible, fatal disease. For this reason, the public attitude to persons with AIDS has sometimes been likened to its former attitude to lepers. But as with all prejudice, much of the fear which surrounds AIDS is born of ignorance. The key to a balanced approach to legal questions raised by AIDS, therefore, is a good understanding of the basic medical facts. Briefly, they may be summarized as follows:

1. the AIDS virus is very fragile and cannot be transmitted through casual contact;

2. while the AIDS virus has been found in tears, urine and saliva, there have been no documented transmission via any of these fluids;

3. the only documented ways that the AIDS virus has been transmitted are through unprotected sexual intercourse, transfusion of HIV-infected blood or blood products (not a real risk in Canada since 1985 when the Red Cross implemented blood screening), sharing of contaminated syringes by intravenous drug users, birth to or breast feeding from an HIV-infected woman, transplantation of HIV-infected tissues or organs and accidental needlestick injuries (this risk is limited to health care workers).

PROVINCIAL LEGISLATION

Keeping this scientific background in mind, there are a number of legislative texts with direct relevance to the issues raised by AIDS. Taking Quebec as an example, the following provincial laws affect both persons with AIDS and those with whom they interact:

- the Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q.1977, c. C-12 at ss. 1, 4, 5 and 9, which protect, respectively, the right to personal security and freedom, the right to safeguard one's dignity, honour and reputation, the right to respect for one's personal life and the right to non-disclosure of professional information;

- the Civil Code of Lower Canada (1866) at art. 19 codifies the notion that the human person is inviolable and

that no harm may be done to the person without his consent or legal authorization - an argument against mandatory AIDS testing;

- the Public Health Protection Act, R.S.Q.1977, c. P-35 and the Regulation thereunder making AIDS a disease which must be reported ("maladie a declaration obligatoire") but without revealing the identity of the person affected (Regulation respecting the application of the Public Health Protection Act, as amended by O.C. 1497-86, 1 October 1986, G.O.Q. 1986 II 2525, s. 30 and Schedule 13);

- the Act Respecting Occupational Health and Safety, R.S.Q. 1977, c. S-2.1 at ss. 9 and 12 regarding the right to safe working conditions and the right to refuse to work in situations dangerous to one's health, safety or physical well-being;

- the Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q. 1977, c. S-5 at ss. 4 and 7 regarding the right to receive adequate health and social services and the requirement that medical records be kept confidential absent a court order or legal requirement;

- the Professional Code, R.S.Q. 1977, c. C-26 at ss. 49 and 54 regarding the requirement that professionals refrain from practice where their state of health presents an obstacle and the right of the professional corporation to order a medical examination; also note that the various codes of ethics promulgated by each profession require that a professional not cease treating a patient without first ensuring that the patient will continue to receive the required care elsewhere. (N.B. In Quebec, unlike in the common law provinces, these codes of ethics have the force of law).

Most, if not all of the provisions cited above have similar counterparts in the common law provinces and territories. While the scope of this paper does not permit an exhaustive comparison, the text Responding to HIV/AIDS in Canada (Carswell, 1990) presents a compilation of statutory provisions and policies affecting AIDS and HIV infection across the country.

CASE LAW

The most problematic aspect of AIDS is that the issues it raises seem to evoke opposing interests or rights. For instance, persons with AIDS have the right to continue to work so long as they are capable of fulfilling their tasks. On the other hand, workers have the right to refuse to work in conditions which would endanger their health. While these two rights may appear to conflict, a basic understanding of the modes of transmission of HIV should make it clear that, apart from the health-care field, the possibility of workplace transmission of HIV is virtually nonexistent. In general, a refusal to work solely because a colleague has AIDS or is seropositive cannot be justified as a reasonable refusal on the basis of the scientific facts at our disposal. Similarly, it is no more legally or ethically justifiable to fire a person because they have AIDS than it would be if they had cancer.

Several provincial human rights commissions have rendered decisions concerning AIDS and HIV infection. Here is a

representative sample:

- Biggs v. Hudson, 9 C.H.R.R. D/5391 (October 6, 1988) - the British Columbia Council of Human Rights held that both AIDS and seropositivity amount to a "physical disability" within the meaning of the Act, thus prohibiting discrimination based on either of those grounds;

- Centre d'accueil Ste-Domitille et Union des employes de service, local 298 (F.T.Q.), [1989] T.A. 439 - where a teacher in a centre for young girls refused to undergo a medical examination ordered by her employer to determine her seropositive status , the employer cut off her salary. A labour arbitrator ruled that the employer's fears of transmission to the girls were unreasonable, particularly in light of a directive from the provincial Ministry of Health and Social Services stating that there was no scientific evidence that HIV could be transmitted in this kind of work. He ordered full compensation of the contractual benefits lost as well as compensation for non-pecuniary damages suffered. It is worth noting that the grievor died within weeks of the arbitrator's decision.

-Pacific Western Airlines Ltd. v. Canadian Air Line Flight Attendants Association, (1987) 28 L.A.C. (3d) 291, [1987] T.A. 589 - an airline company suspended a flight attendant with full pay because it suspected that he was seropositive. Given that a medical examination just prior to suspension had found the attendant fit to work, the lack of evidence that pilots would have refused to fly with him and the bio-medical conclusion that he did not, in fact, present any danger to his colleagues, the arbitrator found that the dismissal was unjustified. Unfortunately, in this case, the grievor had died before the decision was rendered.

- S.T.E. v. Bertelson, 89 CLLC para. 17017, May 30, 1989 - the Alberta Human Rights Commission found that a musician who shared accomodation with his bandleader was unjustly fired for failing to disclose that he was seropositive. The human rights tribunal held that the firing constituted discrimination based on a physical disability. This was the first decision rendered in Canada which held that not only AIDS itself but HIV infection as well constitutes a physical disability. As all provinces have similar human rights legislation dealing with physical disability or handicap, this decision could be used as a persuasive authority in other jurisdictions to prohibit discrimination based on HIV infection.

It is encouraging to note that in Quebec, where the Human Rights Commission issued a document in May, 1988, stating its position that AIDS constitutes a handicap and therefore a prohibited ground of discrimination, complaints involving unjust dismissal based on AIDS have been settled without recourse to the courts. This indicates a willingness on the part of employers to accept the Commission's characterization of AIDS as a handicap. The Commission also takes the view that HIV infection is equivalent to the perception of a handicap, another prohibited ground of discrimination under the Quebec Charter.

The trend of these provincial rulings is mirrored at the federal level in the case of Walton v. Treasury Board, (1987) 16

C.C.E.L. 190 (Public Service Staff Relations Board). A corrections officer at a penitentiary refused to open prison cells where the inmates were suspected of having AIDS. He was concerned about contamination in the event of physical aggression or if pails of bodily waste were thrown at him. The employer had provided him with protective clothing, but he felt it was inadequate. The Board stated that a refusal to work under the Canada Labour Code is justified only where there is a real risk of contamination. The Board ruled that the risk of contamination with the AIDS virus was merely theoretical. The refusal to work was therefore unjustified.

PROTECTING THE PUBLIC FROM AIDS

In the great societal panic over AIDS, there has been much pressure on the legal system to bring the full weight of the law down on those perceived to be spreading the virus. This pressure has focussed on the two legal fields which seem suited to stopping the spread of AIDS: public health legislation and the criminal law.

In some provinces, public health legislation not only gives public health officers the power to issue mandatory treatment orders, but also permits them to call in the police to enforce such orders. This type of legislation dates back over half a century, when fear of the rapid spread of contagious diseases such as tuberculosis was seen as justifying an enforced cure. It is wholly inappropriate when dealing with AIDS, for two main reasons: first, AIDS is not contagious in the way that tuberculosis was. Secondly, there is no known cure for AIDS, so there is no purpose in issuing mandatory treatment orders and enlisting police assistance to enforce them. The potential for abuse is clear. It should be noted that British Columbia enacted an amendment to its Health Act in 1987 which permits medical health officers to order, inter alia, the isolation or quarantine of persons who "wilfully, carelessly or because of mental incompetence, expose others to" AIDS or the AIDS virus (Health Act, R.S.B.C. 1979, c. 161, s. 7(1) as am.). This provision was used to issue an isolation order against a prostitute in Victoria in May of this year.

No provisions of the Criminal Code address themselves specifically to AIDS, yet this field of law is also perceived by some as a possible panacea to the AIDS epidemic, a tool for punishing those who spread the virus. One may contemplate a charge of homicide or causing death by criminal negligence in cases where one person has infected another with the AIDS virus and the "victim" dies. In practical terms, however, enormous hurdles would have to be surmounted to establish intent and causation. In addition, the Code requires that, in cases of culpable homicide or death arising from criminal negligence, the death must occur within one year and one day from the occurrence of the last event which caused or contributed to the death (Cr.C. s. 227). Considering the lengthy latency period usually associated with AIDS and the fact that people with AIDS may live for several years, it is highly unlikely that a case could be made out for either of these offences.

It is conceivable, however, that seropositive persons or persons with AIDS who, knowing their condition, share needles or have unprotected intercourse without warning those they put at

risk, may be charged with attempted homicide or causing bodily harm unlawfully or by criminal negligence. The evidentiary burdens here would not be quite so onerous.

To focus on criminal law as a solution to the public health problem posed by AIDS would not only be inneffective, it would transfer public attention and precious resources away from the real public health solutions: education and prevention. The public must be made to understand that AIDS is not a problem which the courts can "clean up", nor can we avoid it by removing persons with AIDS from our midst. Putting them in jail is certainly no solution, as prisons provide a dangerous and very real opportunity ofr the spread of HIV infection.

The public must learn that HIV-infected persons can lead normal and productive lives for many years before their infection reaches the stage of full-blown AIDS. We must all learn, in a sense, to live with AIDS.

CONCLUSION

AIDS is as much a social as a medical problem. It tests the strength of our society's commitment to upholding those human rights which we have enshrined in legislation. It tests our ability, as a society, to master our fear of a frightening disease through education, compassion and common sense. Protecting rights, balancing interests and allaying fears are not easy tasks, but we have the scientific, legal and ethical resources we need. We have only to use them.

Publications

CONGRÈS DE L'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES

CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION OF PROVINCIAL COURT JUDGES

QUÉBEC (Québec)
Du 12 au 15 septembre 1990

QUÉBEC, Québec
September 12-15, 1990

LISTE DES DOCUMENTS PUBLICS

LIST OF PUBLIC DOCUMENTS

DOCUMENT NO. NUMÉRO DU DOCUMENT	SOURCE ORIGINE	TITLE TITRE
860-265/004	Professeur R.J. Delisle Université Queen's Kingston (Ontario)	Faits nouveaux dans le domaine du droit de la preuve
	Professor R.J. Delisle Queen's University Kingston, Ontario	Some Recent Developments in the Law of Evidence
860-265/005	Avec la collaboration du centre canadien de la magistrature	Les préjugés eu égard au sexe ont-ils libre cours dans votre salle d'audience?
	With the collaboration of the Canadian Judicial Centre	Is Gender Bias Alive and Well in your Courtroom?
860-265/006	L'honorable juge Michaël Kirby CMG*, Australie	Allocution d'ouverture: Le 13 septembre 1990

DOCUMENT NO. NUMÉRO DU DOCUMENT	SOURCE ORIGINE	TITLE TITRE
	The Honourable Justice Michaël Kirby CMG*, Australia	Opening Address: September 13, 1990
860-265/007	Hubert Doucet	Euthanasie: Faut-il faire un débat sur la justesse du débat?
		Euthanasia: Must we debate the validity of the debate?
860-265/008	Shirley D. Campbell	Is Gender Bias Alive and Well in your Coutroom? Outline of Remarks
860-265/009		President's Report
		Rapport du Président
860-265/010	W.S. Tarnopolsky	Some Observations on Judicial Interpretation of the Rights Guaranteed in the Charter of Rights in the Supreme Court of Canada
860-265/011	Cours élaboré par Donna Hackett, B.A., LL.B. et produit par le Centre canadien de la magistrature pour le Comité de la formation du Conseil canadien de la magistrature	Égalité des sexes (Trame sonore du vidéo)
	A Program Developed by Donna Hackett, B.A., LL.B. and Produced by the Canadian Judicial Centre for the Education Committee of the Canadian Judicial Council	Gender Equality (Video Dialogue)
860-265/012	Susan Zimmerman	Aids in Canada: Legal and Ethical Aspects
860-265/013	Secrétariat	Liste des documents publics
	Secretariat	List of Public Documents

16438